

Estudios de Deusto

Vol. 59/1 Enero-Junio 2011

Sumario

Estudios

Neutralidad liberal y libertad religiosa.

Consecuencias de la STC 133/2010 para la práctica del *home schooling*

Borja Barragué Calvo

El legista Cernuda en sus escritos

Julián Gómez de Maya

La D.G.R.N. en su labor de toma en consideración de la ley extranjera. Análisis de la práctica existente y expectativas ante la ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional

Javier Maseda Rodríguez

Algunos aspectos jurídico-constitucionales con relación al abordaje de buque pirata en alta mar:

Función de policía de la Armada, abordaje y registro de la nave y pautas en orden a la detención de sospechosos
Alberto Oehling de los Reyes

El régimen jurídico de la obtención y utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica en el ordenamiento jurídico español
Sergio Romeo Malanda

La Ley Fundamental en su sesenta aniversario
Michael Sachs

***Home schooling* y Constitución. Consideraciones sobre una prudente jurisprudencia constitucional**
Víctor J. Vázquez Alonso

Voluntad transformadora del sindicato democrático
Manuel María Zorrilla Ruiz

Notas

Administración legal y fáctica: revisión de dos supuestos problemáticos en Derecho penal
María Soledad Gil Novajas

Cine y procesos migratorios
Juan Manuel Goig Martínez

Dignidad de la persona y funciones del Derecho constitucional
Ignacio Gutiérrez Gutiérrez



Deusto

Universidad de Deusto

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Incluida en el catálogo LATINDEX

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

Fundada en 1904

Segunda época. Vol. 59/1

Desde su fundación vol. 86

(Fasc. 126)

Enero-Junio 2011

Bilbao
Universidad de Deusto
2011

Director:

Ignacio María Beobide

Secretario:

Luis Ignacio Gordillo

Consejo de redacción:

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

Consejo asesor:

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

Administración:

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

Distribución:

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

Precios de suscripción:

Europa 41 e
Otros países 50 \$
Número suelto 22 e

IVA incluido

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

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Publicación impresa en papel ecológico.

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

ISSN: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain.

Sumario

Estudios

- Borja BARRAGUÉ CALVO, *Neutralidad liberal y libertad religiosa. Consecuencias de la STC 133/2010 para la práctica del home schooling* 11
- Julián GÓMEZ DE MAYA, *El legista Cernuda en sus escritos* 41
- Javier MASEDA RODRÍGUEZ, *La D.G.R.N. en su labor de toma en consideración de la ley extranjera. Análisis de la práctica existente y expectativas ante la ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional* 83
- Alberto OEHLING DE LOS REYES, *Algunos aspectos jurídico-constitucionales con relación al abordaje de buque pirata en alta mar: Función de policía de la Armada, abordaje y registro de la nave y pautas en orden a la detención de sospechosos* 133
- Sergio ROMEO MALANDA, *El régimen jurídico de la obtención y utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica en el ordenamiento jurídico español* 183
- Michael SACHS, *La Ley Fundamental en su sesenta aniversario* 229
- Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO, *Home schooling y Constitución. Consideraciones sobre una prudente jurisprudencia constitucional* 259
- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Voluntad transformadora del sindicato democrático* 277

Notas

- María Soledad GIL NOBAJAS, *Administración legal y fáctica: revisión de dos supuestos problemáticos en Derecho penal* 311
- Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, *Cine y procesos migratorios* 333
- Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y funciones del Derecho constitucional* 357

Table of Contents

Studies

Borja BARRAGUÉ CALVO, <i>The right to education and limits to the parental authority within the Liberal State: the case of home schooling</i>	11
Julián GÓMEZ DE MAYA, <i>Cernuda as a lawyer within his writings</i>	41
Javier MASEDA RODRÍGUEZ, <i>The DGRN and the foreign law. Analysis of the current situation and foreseeable implementation of the Law 54/2007, of 28 December, on international adoption</i>	83
Alberto OEHLING DE LOS REYES, <i>Some constitutional and legal aspects regarding the pirate ship capture on deep sea. The Spanish Navy police's role, boarding and inspection of the ship as well as necessary steps for the detention of the suspects</i>	133
Sergio ROMEO MALANDA, <i>The collection and use of human biological samples in biomedical research in the Spanish Legal system</i>	183
Michael SACHS, <i>The German Basic Law in its Sixtieth Anniversary</i>	229
Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO, <i>Home schooling and Constitution. Some considerations on a prudent constitutional case law</i>	259
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Transformative will of the democratic syndicate</i>	277

Notes

María Soledad GIL NOBAJAS, <i>Legal and de facto management: analysis of two problematic cases in criminal law</i>	311
Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, <i>Cinema and migratory flows</i>	333
Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, <i>Human dignity and tasks of the Constitutional Law</i>	357

ESTUDIOS

Neutralidad liberal y libertad religiosa. Consecuencias de la STC 133/2010 para la práctica del *home schooling**

Borja Barragué Calvo
Universidad Autónoma de Madrid

Recibido: 08.02.2011
Aceptado: 31.05.2011

Resumen: El trabajo analiza los principales argumentos a favor y en contra de la educación en casa, o *home schooling*. A partir de la distinción entre la autoridad de los padres y la de los poderes públicos en la educación de los menores, el artículo desarrolla sucesivamente uno y otro tema, haciendo especial énfasis en la argumentación desarrollada por la Sentencia núm. 133/2010 del Tribunal Constitucional que por el momento ha cerrado el debate en torno a esta práctica. El texto argumenta que la escolarización obligatoria, tal y como la regula la ley, no viola el principio de proporcionalidad en sentido estricto ni el de neutralidad del Estado liberal.

Palabras clave: *home schooling*, neutralidad estatal liberal, minimalismo educativo, comunitarismo, educación democrática.

Abstract: *This work analyses the main arguments for and against the home schooling. Starting from the distinction between parental and state authority in education of children, the article successively develops both themes. Special emphasis is placed on the arguments put forward by the Judgment 133/2010 of the Spanish Constitutional Court that have settled the legal debate on the subject. The text argues that compulsory attendance laws neither violate the liberal principle of State neutrality nor the principle of proportionality in the strict sense.*

Key words: *home schooling, liberal state neutrality, minimalist education, communitarianism, democratic education.*

Sumario: 1.- INTRODUCCIÓN; 2.- ASPECTOS PRINCIPALES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN ESPAÑA: 2.1.- La obligatoriedad de la enseñanza básica: los poderes públicos como garantes del derecho a la educación; 2.2.- El derecho del menor a una educación orientada al desarrollo pleno de su personalidad; 2.3.- El derecho de los padres a elegir para sus hijos una educación de acuerdo con sus convicciones; 3.- LÍMITES A LA AUTORIDAD DE LOS PADRES EN LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS: EL CASO DEL *HOME SCHOOLING*: 3.1.- Actualidad y razones del *home schooling*; 3.2.- El reconocimiento de la educación en casa en la práctica jurisprudencial estadounidense; 3.3. La Sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional español; 4.- LÍMITES A LA AUTORIDAD

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2009-08138, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

DEL ESTADO: ESCOLARIZACIÓN OBLIGATORIA Y EL PRINCIPIO LIBERAL DE NEUTRALIDAD: 4.1. Algunas precisiones previas sobre la tesis liberal de la neutralidad del Estado; 4.2. La crítica a la escolarización obligatoria de los teóricos del libre mercado: el minimalismo educativo; 4.3. La crítica comunitarista: autonomía de la familia y objeción de conciencia; 4.4. La objeción del liberalismo pluralista: autonomía del menor, diversidad y tolerancia.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la educación es un tema de discusión recurrente en la filosofía del derecho, pues en las sociedades actuales existe cierto consenso acerca de que, primero, no es posible formar una sociedad democrática y estable sin una amplia aceptación de un conjunto compartido de valores y un grado mínimo de alfabetización de la mayoría de la ciudadanía; y, segundo, que la educación contribuye a ambos objetivos¹.

Sin embargo, cuando los juristas teóricos debaten acerca de los límites entre las autoridades estatal y parental sobre la educación de los jóvenes, a menudo lo hacen únicamente desde el análisis de las sentencias de los tribunales al respecto. En el terreno de la filosofía del derecho anglosajona, la atención se ha centrado en dos casos resueltos por tribunales estadounidenses: la sentencia del Tribunal Supremo (TS) recaída con motivo del caso *Wisconsin v. Yoder*, de 1972, y la del Tribunal del Sexto Circuito en la decisión de *Mozert v. Hawkins County Board of Education*², de 1987. En el ámbito español, cabe destacar igualmente dos casos: el primero, el de veintitrés familias pertenecientes a un movimiento religioso denominado “Niños de Dios”, y que concluyó con las sentencias núm. 1669/1994, de 30 de octubre, del TS, y 260/1994, de 11 de noviembre, del Tribunal Constitucional (TC); el segundo, en el que dos familias de Málaga habían asumido la educación en el hogar de sus hijos de 6, 10 y 13 años, resuelto recientemente por la Sentencia del TC 133/2010, de 2 de diciembre (STC 133/2010). Aunque comprensible, por cuanto contribuyen a ilustrar un buen número de tensiones centrales a la teo-

¹ En tal sentido, el primer párrafo del Preámbulo de la Ley Orgánica 6/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), afirma que la “educación es el medio más adecuado para construir su personalidad [de los jóvenes], desarrollar al máximo sus capacidades, conformar su propia identidad personal y configurar su comprensión de la realidad, integrando la dimensión cognoscitiva, la afectiva y la axiológica. Para la sociedad, la educación es el medio de transmitir y, al mismo tiempo, de renovar la cultura y el acervo de conocimientos y valores que la sustentan, de extraer las máximas posibilidades de sus fuentes de riqueza, de fomentar la convivencia democrática y el respeto a las diferencias individuales, de promover la solidaridad y evitar la discriminación, con el objetivo fundamental de lograr la necesaria cohesión social.”

² Existe una literatura abundante sobre el tema. Ciféndome a la teórica jurídica, y sin ánimo exhaustivo, pueden verse; CALLAN, 1997; KYMLICKA, 1995; BROOKS, 1990; GUTMANN, 1995; GORDON, 1996; GALSTON, 1995; MACEDO, 2000; ARNESON y SHAPIRO, 1996; McVICKER, 1985; o TOMPKINS, 1991.

ría política liberal en general, la extraordinaria atención que han despertado estos casos ha podido eclipsar un fenómeno educativo que de forma creciente plantea el problema de fijar los límites a la autoridad parental en la educación de los menores, y que, en comparación con los padres Amish que rehúsan enviar a sus hijos al colegio o los ultracatólicos que objetan a determinadas materias curriculares, comienza a ser mucho más frecuente: el *home schooling*.

En definitiva, las dos grandes cuestiones que desde una óptica filosófico-jurídica plantea el *home schooling* son; por un lado, si el derecho a la educación radica en la total libertad de los padres para orientar a los hijos hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual, o, en cambio, consiste esencialmente en la escolarización del menor, incluso de forma obligatoria, si ello fuese necesario; y por otro lado, hasta qué punto el principio de neutralidad estatal autoriza constitucionalmente la imposición de la escolarización. En la medida en que la cuestión de la vulneración del principio de neutralidad sólo se puede plantear bajo el presupuesto de que se reconozca la validez del deber legal de escolarizar en centros oficiales, comenzaré analizando –desde una doble óptica legislativa y jurisprudencial– esta cuestión dejando para el final, a modo de conclusión, la discusión sobre aquélla. Así pues, empezaré exponiendo, en el apartado segundo, la regulación constitucional de los aspectos implicados en el derecho a la educación, para ver a continuación su formulación en los textos internacionales que los recogen y su desarrollo en la legislación ordinaria. Ya en el apartado tercero, analizaré la ponderación que de estos elementos han realizado los tribunales estadounidenses y el TC español.

2. ASPECTOS PRINCIPALES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN ESPAÑA

2.1. La obligatoriedad de la enseñanza básica: los poderes públicos como garantes de la educación

La generalización de la educación elemental ha sido tardía en España. La enseñanza básica y obligatoria data de la Ley Moyano de 1857, cuyo artículo 7 establecía que la “primera enseñanza elemental es obligatoria para todos los españoles. Los padres o tutores o encargados enviarán a las escuelas públicas a sus hijos y pupilos desde la edad de seis años hasta la de nueve”³.

³ La Ley de Instrucción Pública, de 9 de septiembre de 1857, puede consultarse en la dirección de Internet: http://personal.us.es/alporu/historia/ley_moyaNo_texto.htm. Aunque sin prurito exhaustivo ni historicista, conviene aclarar que en España la primera regulación del derecho-deber a la educación se encuentra en la Constitución de 1812 (Título IX: De la instrucción pública). Posteriormente, hasta llegar a la Ley Moyano de 1857, en 1814, en el Proyecto de Decreto sobre el arreglo general de la Enseñanza Pública; en 1824, en el Plan literario de estudios y arreglo general de las Universidades del Reino; en 1836, en el Plan de Instrucción Pública y, en fin, en 1845, en el denominado Plan Pidal.

Además, el art. 8 de la ley incorporaba una amenaza de sanción a los padres o tutores que incumplieran su deber legal, pues de no escolarizarlos “habiendo escuela en el pueblo o a distancia tal que puedan los niños concurrir a ella cómodamente, serán amonestados y compelidos por la Autoridad y castigados en su caso con la multa de 2 hasta 20 reales”.

Pero por lo que se refiere a su regulación constitucional actual, los números 4 y 5 de la Constitución Española (CE) establecen lo siguiente:

“4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”.

El derecho a la educación, como todos los que conforman el catálogo de los derechos humanos, implica una exigencia moral especialmente fuerte, en la medida en que cuando esas pretensiones básicas quedan justificadas, “fundamentan obligaciones morales correlativas [...] que deben ser garantizadas a través de instituciones operativas, como pueden ser algunos sistemas estatales”⁴. La educación constituye una exigencia moral de tanta importancia que su satisfacción no se deja a la autonomía de la voluntad, sino que se acompaña de deberes que afectan a los tres agentes implicados en la relación docente: padres, menores e instituciones educativas⁵.

En cuanto al Derecho Internacional, y puesto que de acuerdo con el art. 96.1 CE los “tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento”, el artículo 26.1 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), dispone que la “instrucción elemental será obligatoria”, la “técnica y profesional habrá de ser generalizada” y “el acceso a los estudios superiores será igual para todos”. En el mismo sentido se expresan los arts. 4.a) de la Convención contra las Discriminaciones en la Enseñanza de Naciones Unidas de 1960; 13.2.a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC); 28.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN); y 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000 (CDFUE).

Con respecto a su desarrollo en la legislación educativa española, hubo que esperar hasta mediados de la década de los ochenta para que la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE)⁶,

⁴ RUIZ MIGUEL, 1994: 654-55.

⁵ Cf. REDONDO, 2003: 72.

⁶ BOE número 159, de 4 de julio de 1985. A pesar de que aquí me voy a ceñir a la regulación de la educación en las leyes educativas posteriores a la CE, conviene aclarar, como hace la LODE en su Preámbulo, que ya la “Ley General de Educación de 1970 estableció la obligatoriedad y gratuidad de una educación básica unificada. Concebía ésta como servicio público, y responsabilizaba prioritariamente al Estado de su provisión.”

hiciera realidad la prescripción constitucional de la obligatoriedad, al disponer su artículo primero que:

“Todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de Educación General Básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la Ley establezca.”

Posteriormente, tanto la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE)⁷, en su art. 5.2, como la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE [art. 9.1, *in fine*])⁸ y la vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE [art. 4.1])⁹, regulan la educación básica de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución; es decir, configurándola con un carácter obligatorio y gratuito para todos los menores.

La configuración de la enseñanza como un derecho de toda persona que deben prestar los poderes públicos de forma gratuita implica asumir la exigencia de hacer efectivo el derecho de todos a la educación. Ello requiere la adopción de medidas que pueden articularse de formas muy diversas, planteándose así la cuestión del papel del Estado en la educación. Aquí es posible encontrar dos posturas diferentes. Por un lado, quienes piensan que es legítimo que los poderes públicos se hagan cargo de la financiación y administración del sistema educativo; por el otro, los que creen que el Estado debería limitarse a su financiación, instrumentada mediante el pago a los padres de un cheque por los gastos educativos de sus hijos, dejando la administración a la iniciativa privada. En cualquier caso, el encargo a los poderes públicos de garantizar la efectividad del derecho a la educación exige la regulación de las competencias en materia educativa de los distintos ámbitos de la Administración Pública¹⁰.

2.2. El derecho del menor a una educación orientada al desarrollo pleno de su personalidad

De acuerdo con en el art. 27.2 CE, la “educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.” Además, y dado que el derecho del menor a la educación es un derecho

⁷ BOE número 238, de 4 de octubre de 1990.

⁸ BOE número 307, de 24 de diciembre de 2002.

⁹ BOE número 106, de 4 de mayo de 2006.

¹⁰ Vid., Ley 7/1985, de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; Real Decreto 2274/1993, de 22 de diciembre, de Cooperación de las Corporaciones Locales con el Ministerio de Educación y Ciencia, y los decretos de las consejerías que regulan los sistemas educativos en cada Comunidad Autónoma.

fundamental, éste debe interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2 CE).

En el ámbito, pues, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el art. 26.2 de la DUDH de 1948 señala que la “educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”. Un sentido en el que se pronuncian también el primer inciso del art. 29.1 de la CDN y el art. 13.1 PIDESC.

En cuanto a su desarrollo normativo en la legislación ordinaria, el derecho de los menores a una educación cuyo fin sea el pleno desarrollo de su personalidad en el respeto a los principios democráticos ha sido ampliamente reconocido por las sucesivas leyes que desde la aprobación de la Constitución han regulado el período de enseñanza básica obligatoria¹¹. De acuerdo con el vigente art. 2.1. LOE, el sistema educativo español se orientará a la consecución del “pleno desarrollo de la capacidad de los alumnos” (apartado a), así como una “educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales” (apartado b).

2.3. El derecho de los padres a elegir para sus hijos una educación acorde a sus convicciones

La CE reconoce el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus convicciones en el art. 27.3:

“Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

Ahora bien, de acuerdo con la STS núm. 2609, de 30 de junio de 1994, el art. 27.3 CE es un “derecho de protección indirecta” cuya materialización se

¹¹ Así, en primer lugar, el artículo segundo de la LODE establece en sus dos primeros números que la “actividad educativa, orientada por los principios y declaraciones de la Constitución, tendrá [...] los siguientes fines: a) El pleno desarrollo de la personalidad del alumno; b) La formación en respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.” En segundo término, la LOGSE, tras afirmar en su Preámbulo que el “objetivo primero y fundamental de la educación es el de proporcionar [...] una formación plena que les permita conformar su propia y esencial identidad”, y que en “la educación se transmiten y ejercitan los valores que hacen posible la vida en sociedad, singularmente el respeto a todos los derechos y libertades fundamentales, se adquieren los hábitos de convivencia democrática y de respeto mutuo, se prepara la participación responsable en las distintas actividades e instancias sociales”, señala en su art. 1 que el “sistema educativo español [...] se orientará” al “pleno desarrollo de la personalidad del alumno” así como a la “formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales [...]”. Más tarde la LOCE (art. 1, letra a.), insiste en esta misma cuando dice que la equidad es un principio rector del sistema educativo, ya que “garantiza una igualdad de oportunidades de calidad, para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación [...]”.

produce a través de otros como la libertad de enseñanza, la creación de centros docentes o la neutralidad ideológica de los centros públicos. El derecho del art. 27.3 lo es así derivado del derecho del menor a la educación, en cuyo proceso los padres podrán influir tanto dentro como fuera de la escuela –dentro porque los poderes públicos son destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares, y fuera en tanto que los padres son libres para educar a los menores después del horario escolar y durante los fines de semana o días de vacación¹²–, además de mediante la creación de centros docentes que, dentro del marco de la programación general de la enseñanza diseñado por los poderes públicos, se adecuen a sus convicciones morales, religiosas o filosóficas. Como escribe el Magistrado Vicente Gimeno Sendra en su voto particular a la STC 260/1994 en el caso de los “Niños de Dios”,

“Es cierto que la Constitución confiere a los padres el derecho, no sólo a impartir en el seno de la familia (o unión de hecho) la religión que estimen conveniente, sino también el de poder enviar a sus hijos al Colegio religioso que deseen e incluso el no menor derecho fundamental a exigir de los poderes públicos la formación religiosa que se adecue a sus convicciones [...]; pero, en mi opinión, la libertad religiosa no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente.”

La anterior conclusión ha sido recientemente avalada por la interpretación del art. 27 CE realizada por la STC 133/2010 en relación con los textos y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. Por un lado, en cuanto a la interpretación del art. 27.3 de acuerdo con la DUDH, el TC observa con acierto que el art. 26.3 reconoce genéricamente a los padres el “derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos” (FJ 6). Ahora bien, a los efectos que aquí nos interesan, de delimitación de la autoridad de los padres en la educación de los menores en el supuesto específico de que aquellos objeten a la escolarización obligatoria, es decir, en los casos de padres *home schoolers*, esta expresión no puede entenderse “como un derecho general del cual el derecho reconocido en nuestro art. 27.3 CE operaría como especie, sino como una formulación genérica de este último que, por lo demás, ha de interpretarse sistemáticamente en relación con el art. 26.1 DUDH” (*ibid.*), que dispone que la “instrucción elemental será obligatoria”. La misma solución que se alcanza en la Sentencia cuando el art. 27 CE es interpretado en relación con otros instrumentales internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo art. 18.4 afirma que “la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, o el PIDESC, cuyo art. 13.3 reconoce el derecho de los padres o tutores a “escoger para sus

¹² Cf. STC 133/2010, FJ 8.

hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas [...] y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

En cuanto a la interpretación del art. 27 CE de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, el TC (FJ 6) señala que a pesar de que en su art. 14 la CDFUE reconoce el “derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”, esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico, pues el art. 14 CDFUE se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el art. 2 del Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas (CEDH). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reconocido en tal sentido que la escolarización obligatoria en el ámbito de la educación primaria no priva a los padres de su derecho a ejercer sobre sus hijos las funciones de educadores propias de su condición parental, ni a guiar a sus hijos hacia un camino que resulte conforme con sus propias convicciones religiosas o filosóficas: lo que no pueden hacer estas convicciones es amparar cualquier tipo de consideración relativa a la educación, con independencia de cuál sea su naturaleza¹³.

Finalmente, el ulterior desarrollo normativo en la legislación española del derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones resulta, al compararse con el del menor a una educación orientada al pleno desarrollo de su personalidad, menos claro¹⁴. Sólo el art. 4.1 LODE reconoce, en su redacción actual tras haber sido reformado por la Disposición final primera de la LOE, que los padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tienen el derecho “a escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos” para sus hijos (inciso segundo), así como a que éstos reciban “la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (inciso tercero).

3. LÍMITES A LA AUTORIDAD DE LOS PADRES EN LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS: EL CASO DEL HOME SCHOOLING

3.1. Actualidad y razones del home schooling

La escuela es una institución reciente en la historia de la humanidad. Tradicionalmente y con independencia de la cultura que consideremos, los niños han sido educados en casa por sus padres o, sólo en los casos de familias aco-

¹³ Cf., entre otros, Caso Kjeldsen y otros v. Dinamarca, Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1975. Citado en la STC 133/2010, FJ 6.

¹⁴ Desde el Derecho Eclesiástico, de acuerdo, cf. MANTECÓN SANCHO, 2006: 2; RUANO ESPINA, 2009: 13.

modadas, por tutores (o preceptores). De modo que a finales del siglo XVIII y principios del XIX el “*unschooling*” era la práctica habitual en las sociedades occidentales. Sin embargo, a partir de la promulgación de las primeras leyes que instituyeron conjuntamente la obligatoriedad de la enseñanza básica y la escuela pública a mediados del s. XIX, la educación en casa se convirtió en un fenómeno aislado.

Actualmente, sin embargo, el *home schooling* no constituye una práctica tan marginal. Esta afirmación se apoya en dos tipos de consideraciones. Primero están los datos. Aunque para la mayoría de países no existen estadísticas oficiales, porque los gobiernos no elaboran informes al respecto, según las estimaciones más fiables aproximadamente un millón y medio de niños estadounidenses y alrededor de 1.500 familias españolas educan a sus hijos en casa¹⁵. Por el otro lado están los factores que habrían contribuido a que el fenómeno se extienda y que por consiguiente explican, al menos parcialmente, los datos anteriores. Aquí hay que distinguir dos circunstancias.

En primer término está el factor tecnológico. Gracias a Internet, los *home schoolers* han constituido redes de trabajo virtuales en las que intercambian recursos didácticos, jurídicos, etc. Pero en segundo lugar, y en lo que aquí más nos importa, está el elemento jurídico. En España, la sentencia del TC en el caso “Niños de Dios”, al negar la violación del derecho a la educación en un supuesto en que estaba acreditada la falta de escolarización de los niños y denegar consiguientemente el amparo a la Generalitat, dejó sin resolver el problema de quién puede asumir la autoridad de la educación en último término y con qué extensión. En esa coyuntura de relativa incertidumbre, la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña, reconoció una modalidad de enseñanza en régimen no presencial en su art. 55. No obstante, según lo establecido en su Preámbulo, tales enseñanzas están “dirigidas a los alumnos de edad superior a la de escolarización obligatoria”, aunque “excepcionalmente” se admite también la impartición en dicha modalidad de las “enseñanzas obli-

¹⁵ Véase, para EEUU, Centro Nacional de Estadísticas sobre Educación, “1.5 Million Home schooled Students in the United States in 2007”; para España, *Público*, “1.500 familias educan a sus hijos en casa”, 22 de agosto de 2010, y *El Mundo (Magazine)*, “Crecer bien sin ir al colegio”, 14 de enero de 2007, que estima que unos 4.000 niños españoles no van a la escuela. En términos porcentuales, representan el 2.9% de los menores estadounidenses en edad escolar y el 0,05% de los españoles. Este último dato se obtiene de multiplicar por cien el resultado de la división de la *estimación* de población infantil *home schooler* (3.500), entre los alumnos escolarizados en las Etapas Infantil (1.873.153), Primaria (2.749.496) y Secundaria Obligatoria (1.786.106) en España el curso 2010-2011. (Vid., Ministerio de Educación, “Datos y Cifras. Curso escolar 2010/2011”. Disponible online en la dirección de Internet: <http://educacion.es/dctm/ministerio/horizontales/prensa/documentos/2010/septiembre/datos-y-cifras-2010-2011.indd.pdf?documentId=0901e72b803eceed>).

Estos datos, cuyo interés para un análisis ius-filosófico es relativo, se exponen a los meros efectos de contextualizar la discusión.

gatorias y las demás enseñanzas que, en determinadas circunstancias, establezca el Departamento” (art. 55.2, *in fine*)¹⁶.

En EEUU, la sentencia del caso *Yoder* animó a los defensores del *home schooling* a presentar sus reivindicaciones ante los poderes judicial y legislativo de los estados, con un notable éxito: la educación en casa es legal en todos los estados, en la mayoría está más (por ejemplo, Massachusetts) o menos (California) regulada, y en muchos tiene un estatuto propio¹⁷. Pero los defensores del *home schooling* han llevado sus reclamaciones más allá del ámbito estatal.

En una de sus secciones (“Room for Debate”), *The New York Times* se preguntaba recientemente si los *home schoolers* merecen una desgravación fiscal¹⁸. La nueva mayoría republicana en la Cámara de Representantes ha decidido cuestionar la autoridad del gobierno federal en el sistema público de educación, así como limitar el poder de los estados en otras áreas. Una de sus prioridades es la elaboración de una nueva ley federal que reconozca a los padres el derecho a una desgravación fiscal si sus hijos son educados en casa, pues actualmente sólo Illinois, Louisiana y Minnesota conceden algún tipo de ayuda a los padres *home schoolers*.

Por lo demás, las razones que aducen los padres para el *home schooling* son muy diversas: pedagógico-académicas, socio-laborales, la convicción de que las necesidades educativas especiales de los niños discapacitados van a ser mejor atendidas en casa, o el miedo a la violencia en la escuela. Pero mientras que los casos de *home schooling* en la década de los setenta “respondían a motivaciones humanistas, liberales y pedagógicas”, la mayor parte de los casos ac-

¹⁶ El sentido del pronunciamiento de la STC 133/2010 hace aconsejable revisar la constitucionalidad de este último inciso.

¹⁷ Esta expansión regulatoria se debe fundamentalmente a la presión política y social ejercida por los defensores del *home schooling*, pues aunque la sentencia del caso *Yoder* “nunca ha sido invalidada, tampoco ha servido de precedente para una expansión general de la autoridad parental a expensas de la potestad de los poderes públicos para regular la educación de los menores. Los tribunales, incluyendo el Tribunal Supremo, han tendido a limitar la sentencia *Yoder* a sus circunstancias idiosincráticas, evitando las oportunidades de afianzarla o de ampliar su alcance” (ARNESON y SHAPIRO, 1996: 366-367). En efecto, desde el caso *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 a 534 (1925), una larga serie de sentencias judiciales viene apoyando la idea de que a los padres no les asiste un derecho general a decidir sobre la educación de los menores, al margen de las leyes educativas de los Estados: cf., *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 a 168 (1944); *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1989); o *Minnesota v. Hershberger* 495 U.S. 901 (1990).

Creo que en este mismo sentido puede entenderse también la críptica afirmación con que Burger concluye la opinión del tribunal en *Yoder*, cuando dice que “nada que mantengamos pretende socavar la aplicabilidad general de las leyes estatales relativas a la escolarización obligatoria.”

¹⁸ *The New York Times*, 4 de enero de 2011. Información disponible *online* en la dirección de Internet: <http://www.nytimes.com/roomfordebate/2011/01/04/do-home-schoolers-deserve-a-tax-break> (Consultado por última vez el 13/01/2011).

tuales “son expresión de convicciones ideológicas conservadoras y religiosas”¹⁹. Como los padres de los casos *Yoder* y *Mozert* y las 23 familias pertenecientes a la organización “Niños de Dios”, hoy parece que la razón que la mayoría, aunque no todos, de los padres alegan para educar en casa es que la escuela es incapaz de satisfacer las necesidades espirituales o religiosas de los menores.

3.2. El reconocimiento de la educación en casa en la práctica jurisprudencial estadounidense

De entre los países donde está reconocido legalmente, EEUU probablemente sea el país más tolerante con el fenómeno del *home schooling*. Pero como la obligatoriedad de la enseñanza básica cuando se observa desde un prisma histórico, este reconocimiento es también muy reciente. Como dice Steven D. Reschly en su comentario a la sentencia *Yoder*, “el primer conflicto ocurrió en el condado de Geauga, Ohio, en 1914, coincidiendo con la reestructuración del sistema de educación público de Ohio [...] Los Amish sufrieron frecuentes sentencias de multa y prisión durante las décadas de los 20 y 30 [...] Con la excepción de un caso en Pennsylvania de 1949, todas las sentencias fueron contrarias a los Amish”²⁰. En el caso *Yoder*²¹, en cambio, el Tribunal Supremo estadounidense resolvió en su favor.

¹⁹ CARPER, 2000: 16. Citado en REICH, 2002.

²⁰ Vid. RESCHLY, 2001. Los Amish de Norteamérica viven en comunidades relativamente autosuficientes, principalmente en Pennsylvania y Ontario. Sus ancestros fueron los anabaptistas europeos del siglo XVI. Rechazan el mundo contemporáneo en sus aspectos más esenciales, prefiriendo un modo de vida ascético basado en una economía agrícola o semi-agrícola de subsistencia. Su idea de la comunidad Amish como voluntaria se extiende a su trato hacia los niños. Al igual que otras sectas de origen anabaptista, rechazan la doctrina del bautismo infantil. Pero aunque creen que el voto del bautismo debe ser asumido voluntariamente por una persona adulta, son muy estrictos en el diseño de su sistema educativo y aculturación para asegurarse de que los niños Amish harán el voto y se unirán a la Iglesia. El sistema educativo está diseñado para preparar a los niños para su vida en la comunidad Amish, no para el mundo fuera de ella. A este objeto, tratan de proteger, ocultando, a los niños del mundo secular, y rehúsan el cuestionamiento crítico de los valores y creencias Amish. Su significada oposición a la enseñanza secundaria, la que va más allá de los 14 años, se funda en sendos motivos: primero, por cuanto ven en ella una amenaza a su completo modo de vida; y segundo, porque, sostienen, a la edad de 14 años un niño ya sabe todo lo que necesita para vivir sin problemas en su comunidad Amish. De aquí que los líderes de la comunidad Amish se hayan esforzado por mantener separadas sus comunidades de las de la sociedad moderna y hayan construido una barrera idiosincrática para protegerse de las influencias externas desarrollando una regulación y modo de vida comprensivos que afecta a aspectos como la forma de vestir, el peinado, la decoración del hogar, la conservación del alemán y otros muchos comportamientos. Este aislamiento se conoce como *Ordnung*, u orden, y la separación entre lo propio de la comunidad y todo lo demás mundano el distanciamiento es uno de los principios rectores en la vida de los Amish.

²¹ Aquí me voy a ceñir a un breve análisis del caso *Yoder*, porque lo que se discute en el caso *Mozert v. Hawkins* no es tanto la objeción a la escolarización obligatoria en sí como a determinados contenidos.

El Fiscal del estado de Wisconsin fundó su defensa de la ley de escolarización obligatoria hasta los 16 años sobre dos argumentos. El primero, que “la educación es necesaria, en mayor o menor grado, para tomar parte efectiva y competentemente en un sistema político participativo”²². Y el segundo que la educación prepara a los individuos para una vida auto-suficiente en las sociedades modernas. Tras aceptar ambas tesis, el Tribunal desestimó la pretensión del fiscal al entender que los intereses a que servía la ley de enseñanza obligatoria de Wisconsin –preparar a los ciudadanos para una vida adulta en sociedad y autosuficiente– estaban suficientemente cubiertos por los proyectos de vida que los padres de la comunidad Amish de la Vieja Orden habían dispuesto para los menores. Al contrario de lo que parecen pensar los propios Amish, para quienes los dos años que van de los 14 a los 16 son cruciales para definir la propia identidad y las habilidades sociales, el Tribunal resolvió en favor de los padres con el argumento de que si la sentencia decidiese sustituir el programa educativo informal de la comunidad Amish por dos años adicionales de educación formal en un instituto, los intereses que pretendía satisfacer la ley de educación de Wisconsin, por lo demás legítimos, no quedarían mejor protegidos.

Aunque sea algo que ha pasado relativamente inadvertido en los análisis jurídicos acerca de la sentencia *Yoder*, quizá convenga apuntar que una decisión del TS estadounidense imponiendo a los Amish la enseñanza básica hasta los dieciséis años no hubiera implicado necesariamente su escolarización en un colegio público. Los Amish, como cualquier otro ciudadano, habrían podido cumplir con la legislación estatal en materia educativa matriculando a sus hijos en una escuela privada, o bien creando su propio centro docente²³.

Sin embargo, la mayoría de las críticas a la sentencia del caso *Yoder* se han centrado en dos aspectos: por un lado, el concepto, magro, de educación democrática subyacente a la argumentación de Burger, que aparentemente se reduce a la alfabetización básica²⁴; por el otro, que la sentencia no pondera suficientemente el derecho de los menores a una educación que tenga por objeto

²² *Wisconsin v. Yoder*, cit., 221.

²³ De acuerdo, cf. ARNESON Y SHAPIRO, 1996: 388.

²⁴ Así, la sentencia afirma que los “Amish no rechazan la enseñanza elemental hasta los catorce años como principio general porque admiten que los menores han de tener unas capacidades básicas para la lectura, escritura y aritmética, con el objetivo de poder leer la Biblia, ser buenos granjeros y ciudadanos y poder relacionarse con la gente de fuera de la comunidad Amish cuando fuere necesario [...] La independencia y el buen funcionamiento social de la comunidad Amish a lo largo de casi tres siglos en total y más de 200 años en este país son una sólida evidencia de que de un período adicional de uno o dos años de educación formal obligatoria sólo cabe suponer, y ello en el mejor de los casos, una *expectativa* de ganancia, en términos de aprendizaje de los deberes de ciudadanía.” (Cursivas mías).

el desarrollo pleno de su personalidad²⁵. Pues bien, precisamente en torno a estas dos cuestiones –la libertad de los padres de crear centros docentes y el derecho de los menores a una educación orientada a la formación de ciudadanos responsables capaces de participar competentemente en los asuntos de una sociedad moderna y al pleno desarrollo de su personalidad– se articula la STC 133/2010.

3.3. La Sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional español

Mediante la STC 133/2010 el TC ha resuelto por fin lo que en 1994 constituía, en opinión del Magistrado Gimeno Sendra expresada en su voto particular a la STC 260/1994, caso “Niños de Dios”, el “novedoso problema de determinar si el derecho a la educación consiste en la “total libertad de los padres para orientar (a los hijos) hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática [...] o si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente, si ello fuera del todo punto necesario”²⁶.

En 2003, el Ministerio Fiscal solicitó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín la inmediata escolarización de los hijos menores de dos familias de la localidad de Aozaina. Una maestra trabajaba con ellos con el método Montessori, y durante el juicio en Primera Instancia los padres de los tres menores argumentaron que la educación que recibían era mejor que la de los colegios públicos: hablaban cinco idiomas y recibían clases de música, matemáticas, ciencias y lengua.

El Juzgado número 2 de Coín no entró a valorar la calidad de la enseñanza. En Sentencia de 5 de mayo de 2003, ordenó a los padres demandantes de amparo que escolarizasen a sus respectivos hijos menores de edad en el ciclo escolar básico, fundamentando su decisión en que el art. 27 CE no permite que los padres nieguen a los hijos el derecho y la obligación que tienen de participar en el sistema oficial de educación. Esta sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga, que confirmó la decisión de Primera Ins-

²⁵ Al confirmar la sentencia del Tribunal de Wisconsin, el Tribunal Supremo de EEUU ratificó lo dispuesto por aquel en su mayor parte, si bien con el importante complemento conceptual del “procedimiento de ponderación” [*balancing process*] para resolver el conflicto de intereses entre los padres y el estado. El Tribunal Supremo estadounidense reconoció la enorme responsabilidad del estado en la educación de sus ciudadanos. “Sin embargo”, escribe Burger, “el interés de un Estado en la universalidad de la educación, por más que la valoremos, no está completamente libre de un procedimiento de ponderación cuando entra en colisión con derechos fundamentales, como aquellos específicamente protegidos por el libre ejercicio de la Primera Enmienda, y el tradicional interés de los padres respecto a la educación religiosa de sus hijos.”

²⁶ Apartado 2 del voto particular de Gimeno Sendra a la STC 260/1994.

tancia y, a mayor abundamiento, recordó que el derecho a ser escolarizado es un derecho del menor, no de los padres, que convive con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso de forma obligatoria, si fuese ello necesario.

Pues bien, la cuestión central que plantea el recurso de amparo resuelto por la STC 133/2010 es la vulneración del derecho a la educación del art. 27 CE, que los demandantes fundamentan en dos premisas. En primer lugar, se alega que la libertad de los padres para la práctica del *home schooling* se encuentra amparada por los arts. 27.1 (derecho de todos a la educación y libertad de enseñanza) y 27.3 (derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones) de la Constitución, sin que esta pretensión contravenga los mandatos en virtud de los cuales la educación debe orientarse al pleno desarrollo de la personalidad de los menores (art. 27.2 CE) y, además, será obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE). En segundo término, los demandantes alegan que en el caso del *home schooling* nos encontraríamos ante una “laguna legislativa”, pues las leyes educativas sólo prevén la enseñanza en centros docentes (primer inciso del FJ 4). Estudiaré el análisis que hace la STC 133/2010 de ambos argumentos en orden inverso.

En efecto, una de las alegaciones recurrentes de los defensores del *home schooling* en España es que la Constitución de 1978 no protege la obligatoriedad de la escolarización, sino tan sólo el derecho a la educación dentro de unos valores constitucionales, y que conviene no confundir la educación con la escolarización, ya que lo uno no implica lo otro²⁷. Sin embargo, como he dicho anteriormente (apartado 2.1) y señala el TC en su sentencia, tanto el art. 9 LOCE como el vigente art. 4.2 LOE establecen que la enseñanza básica, además de ser obligatoria y gratuita, incluye diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad²⁸. La conducta de los padres consistente en no escolarizar a los menores, es decir, el *home schooling*, es por consiguiente una práctica en sí misma antijurídica, sin que quepa hablar de laguna normativa de ningún tipo (STC 133/2010, FJ 4, inciso segundo).

Dicho esto, el Tribunal pasa a analizar si el deber de escolarización impuesto legalmente es o no respetuoso con el derecho fundamental a la educación alegado por los padres. O, dicho de otra forma, si la práctica del *home schooling* viene amparada por alguna de las libertades constitucionales que el art. 27 CE reconoce.

²⁷ Cf. MARTÍ SÁNCHEZ, 2010.

²⁸ En congruencia con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 13.2 asigna a “cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el periodo obligatorio”, el deber de “ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización”.

No lo está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza del art. 27.1 CE de los padres, pues, por lo que se refiere a la enseñanza básica, ésta se circunscribe a la facultad de enseñar libremente fuera del horario escolar, sin perjuicio, eso sí, de su deber de escolarización, de una parte, y de la libertad de creación de centros docentes del art. 27.6 CE, de otra, cauce específico del ejercicio de la libertad de enseñanza de los padres en esta etapa de la educación (FJ 5).

Tampoco lo está en el derecho de todos a la educación del art. 27.1 CE, que en lo que se refiere a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos se limita, de acuerdo con la doctrina del TC²⁹, al reconocimiento de una libertad de los padres para elegir centro docente y al derecho de éstos a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), un derecho éste que, por las razones que ya han quedado expuestas (apartado 2.4), el TC mantiene que “no se ve comprometido en el presente supuesto” (FJ 5).

Pero además de por esta razón, la imposición legal del deber de escolarización constituye un límite constitucionalmente viable a la autoridad de los padres en la educación de los menores por compadecerse bien con el mandato en virtud del cual los poderes públicos deben “garantiza[r] el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza” (art. 27.5 CE) y, además, con el objetivo que la CE ha atribuido a la enseñanza y al sistema educativo en que ésta se realiza y que lejos de limitarse a la mera transmisión de conocimientos, se propone “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (art. 27.2 CE). En contra de las alegaciones de los padres de que la imposición de la escolarización obligatoria como sinónimo de enseñanza obligatoria, primero, “no supera el juicio de indispensabilidad”, por cuanto “del análisis de las legislaciones de países de nuestro entorno sociocultural se deduce claramente que existen reglas que permiten conciliar, de mejor manera, los distintos intereses en juego”, y segundo, vulnera el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por entender que “las ventajas que se obtienen con la limitación del derecho [no son] superiores a los inconvenientes que se producen en este caso para los titulares de la libertad de enseñanza”, teniendo en cuenta que en él “los padres, lejos de hacer dejación de sus deberes, se esfuerzan por ofrecer a sus hijos una formación más específica e individualizada”, el TC sostiene que ambos planteamientos han de ser rechazados. En cuanto a lo primero, porque incluso si se estuviera de acuerdo en que la medida alternativa (a la escolarización) de un *home schooling* sometido a controles administrativos sobre los contenidos de la enseñanza y evaluaciones periódicas de los resultados efectivamente obtenidos por los menores, constituye un medio menos restrictivo que la imposi-

²⁹ Cf. ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4.

ción del deber de escolarización, sin embargo ésta no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de diseñar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, “que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran [...] forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización” (FJ 8). Y en cuanto a lo segundo, porque “el alcance de la restricción operada en el contenido protegido por el derecho de los padres reconocido en los arts. 27.1 y 3 CE ha de ser en todo caso relativizado en la medida en que [...] no impide a estos influir en la educación de sus hijos, y ello tanto dentro como fuera de la escuela”, pero, sobre todo, en tanto que los padres “pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros (art. 27.6 CE)” (FJ 8, *in fine*). Era ésta, concluye la ponente de la sentencia, María Emilia Casas Baamonde, y no el incumplimiento del deber de escolarizar a los menores, la opción constitucional disponible para los padres para dar cauce a sus distintas convicciones morales, religiosas o pedagógicas.

Una interpretación por lo demás coincidente con la STC 260/1994, caso “Niños de Dios”, que si bien denegó el amparo a la Generalitat Catalana sobre la base de que los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona allí recurridos no impidieron la escolarización de facto de los menores, estableció que ello ha de entenderse “sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalidad no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ello son responsables” (STC 260/1994, de 3 de octubre, FJ 2 *in fine*).

En definitiva, la STC 133/2010 es un buen ejemplo de la aplicación práctica de la correcta teoría y zanja el conflicto de intereses entre la voluntad de los padres (cuya pretensión es subsumir el derecho a la educación dentro de un supuesto derecho a la no escolarización) y los intereses de los menores que la anterior jurisprudencia constitucional había dejado sin resolver³⁰. Esta correcta teoría descansa en dos premisas, que aparecen en los FFJJ 6 y 7 de la STC 133/2010:

- a) La correcta delimitación del contenido del derecho a la educación –en sus vertientes libertad de enseñanza y a que los hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones– conduce a negar que la imposición del deber de escolarización alcance la relevancia constitucional, por lo que, en opinión del Tribu-

³⁰ Cf. STC 5/1981 y 260/1994.

nal, la libertad religiosa no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos.

- b) Aun cuando la decisión de no escolarizar a los menores estuviera motivada por razones de orden moral o religioso y por tanto amparada por el art. 27.3 CE, el período de escolarización obligatoria incorporado por el legislador constituye un límite a la autoridad de los padres en la educación de los menores constitucionalmente justificable por estar de conformidad con otras disposiciones constitucionales contenidas en el propio art. 27 y con la finalidad que en su apartado 2 se le atribuye a la educación, que tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad del menor.

4. LÍMITES A LA AUTORIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS: ESCOLARIZACIÓN OBLIGATORIA Y EL PRINCIPIO LIBERAL DE NEUTRALIDAD ESTATAL

4.1. Algunas precisiones previas sobre la tesis liberal de la neutralidad del Estado

En el debate sobre las relaciones entre la tesis de la neutralidad del Estado liberal y la escolarización obligatoria nos encontramos con un problema serio, y es que el uso del mismo concepto de neutralidad quizá contribuye a enturbiar más que a aclarar la discusión. Haré, pues, cuatro precisiones sobre la tesis de la neutralidad³¹. Aunque las cuestiones conceptuales se hallan siempre conectadas con los problemas de justificación y es quizá engañoso tratar de distinguirlas, me inclino a creer que “tienen una cierta prioridad lógica sobre ellos”³², por lo que comenzaré por aquéllas.

Una primera precisión sobre el significado de la tesis de la neutralidad se refiere al ámbito de las decisiones implicadas. La tesis desde luego no hace a las decisiones de los ciudadanos en su vida personal o en tanto individuos privados, sino a los ciudadanos en tanto actores de la vida política colectiva o en la comunidad política. No sólo sería contraintuitivo sino además absurdo pedir a los ciudadanos que el principio de neutralidad entre distintas concepciones del bien que aplican en sus relaciones con el resto de los ciudadanos lo hagan extensivo a su vida familiar.

En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, son precisamente los factores distintivos de la asociación política, en tanto que asociación no voluntaria, y de la acción del Estado, en cuanto que acción coercitiva, los que explican la limitación anterior. Pero entonces surge la cuestión de si sólo las legislaciones penal y fiscal se ven afectadas por la restricción neutralista o, por el contrario, ésta afecta también a los otros medios por los que los poderes públicos

³¹ Sobre esta cuestión, véase COLOMER, 1998.

³² Cf. LAPORTA, 1987.

desincentivan o alientan determinadas acciones individuales. Creo que, aun dirigiendo en aspectos relevantes de las sanciones penales o fiscales, en la medida en que los métodos de influencia que el Estado aplica en el ámbito sanitario, educativo o social interfieren en los contextos de decisión individual aumentando o restringiendo las opciones, el principio de neutralidad debe regir también en esas otras esferas. Ahora bien, la intensidad con que dicha tesis opera debe modularse en función de quienes, en cada ámbito, son destinatarios de la acción de los poderes públicos.

Además, una tercera posibilidad de delimitación de la tesis liberal de la neutralidad se refiere a la distinción entre la llamada neutralidad de efectos o resultados de la acción del Estado y la neutralidad de propósitos o en la justificación de tal acción. Según la primera, más restrictiva, los poderes públicos han de ser imparciales entre todas las concepciones de la vida buena, deviniendo ilegítima toda política pública que tenga como efecto el favorecimiento o la obstaculización de algunas de ellas. La segunda, y que creo más viable, establece al Estado el límite, menos oneroso, de ser imparcial entre las distintas concepciones de la vida buena o bien, en una versión ligeramente diferente, de excluir dichas nociones del proceso de toma de decisiones políticas.

Por último, como afirma acertadamente Neil MacCormick, “la cuestión en disputa no es si debería utilizarse el poder del [E]stado de acuerdo con principios morales, sino qué principios morales deben observarse en ese ejercicio”. El principio liberal de neutralidad es en este sentido un principio moral que prescribe, en tanto que moralmente valioso, que el poder del Estado “no se utilice para implantar valores morales”³³. Pero según añade además Waldron, este principio de neutralidad no se configura como valor último, sino como consecuencia de otros valores de la moral política que serán así los que determinen su alcance³⁴. Lo que propone la tesis liberal no sería una neutralidad absoluta, sino sólo entre concepciones del bien a las que los ciudadanos pueden adherirse haciendo uso de su autonomía.

Dicho esto, uno de los primeros en comentar críticamente la STC 133/2010 ha sido Rafael Navarro-Valls, en un artículo en prensa intitulado “La educación en casa o cuando el Estado invade la vida privada de sus ciudadanos”³⁵. Para Navarro-Valls, el sistema de escolaridad obligatoria está sufriendo un doble ataque: por un lado, el de aquellos que en el plano teórico lo

³³ Cf. MacCORMICK, 1990: 92.

³⁴ Cf. WALDRON, 1993.

³⁵ NAVARRO-VALLS, 2010. El artículo ha sido muy difundido en Internet por los defensores del *home schooling* en España. Así, por ejemplo, se puede visitar en las siguientes direcciones: <http://derechoyfactoreligioso.blogspot.com/>, <http://madalen.wordpress.com/s=navarro>, o <http://www.objetores.org/2010/12/la-educacion-en-casa-o-cuando-el-estado-invade-la-vida-privada-de-sus-ciudadanos/>.

tachan de grave intromisión del Estado en la vida privada de los ciudadanos, por ejemplo Milton Friedman, y, por otro lado, el de las asociaciones estadounidenses, inglesas, francesas o españolas de padres que postulan como alternativa el *home schooling*. Creo que ese “doble ataque” refleja bien, aunque mezclados, porque a menudo también lo están las posturas de quienes los sostienen, los dos argumentos más utilizados por quienes se oponen a la escolarización obligatoria, por lo que, siguiendo parcialmente la argumentación de Navarro-Valls, estructuraré este apartado en tres secciones. En las dos primeras examinaré las críticas que desde el liberalismo económico y el comunitarismo se han venido realizando a la escolarización obligatoria mediante la invocación de los valores de la libertad de mercado y la autonomía de la familia. Anticipo que ninguno de estos dos argumentos contra la obligatoriedad de la escolarización me parecen lo suficientemente fundados como para motivar su oposición, y que la única objeción viable es la que, tomándose en serio los derechos del niño, se plantea desde el liberalismo político (apartado 4.4.).

4.2. La crítica a la escolarización obligatoria de los teóricos del libre mercado: el enfoque del minimalismo educativo

Del título elegido para su artículo se desprende sin demasiada dificultad que Navarro-Valls comparte la visión friedmaniana del papel que el Estado ha de tener en la educación. En 1955 Friedman publicó un artículo que tuvo una gran repercusión en la época en el que reflexionaba sobre el papel de los poderes públicos en la educación³⁶. En un contexto, el de la década de los 50, caracterizado por la tendencia a incrementar la intervención del Estado en la economía estadounidense, Friedman se propone reconsiderar los límites de la autoridad del Estado en el ámbito específico de la educación. Aunque quizá resulte prolijo, creo que, debido a su influencia, conviene exponer brevemente sus tesis acerca del correcto diseño del sistema educativo.

En su artículo, Friedman comienza asumiendo que en una economía de libre intercambio entre empresas privadas, el papel del Estado se reduce a preservar las reglas del juego haciendo cumplir los contratos, evitar la coerción y mantener la libertad de los mercados. Más allá de esto, sólo existen tres casos en que la intervención del poder público está justificada. Uno es el monopolio “natural” u otras imperfecciones similares del mercado que hacen la competencia imposible. Otro es la existencia de externalidades, esto es, la acción de un individuo que impone costes o ganancias significativos y difícilmente compensables sobre otros, circunstancia que de nuevo entorpece el ejercicio del libre intercambio. La tercera se relaciona con la preocupación paternalista por los niños y otros agentes incapaces de asumir responsabilidades o gobernarse a sí mismos, pues la creencia en la libertad se predica tan

³⁶ Cf. FRIEDMAN, 1955.

solo de aquellos individuos capaces de responsabilidad y agencia moral, entre quienes no cabe incluir ni a los menores ni a los enfermos mentales.

Así pues, la injerencia de los poderes públicos en la educación, imponiendo el requerimiento de un nivel mínimo de educación cuya financiación corre a cargo del Estado, sólo está justificada por cuanto es imposible la conformación de una sociedad democrática estable sin la amplia aceptación de un conjunto compartido de valores y sin un grado mínimo de alfabetización de la mayoría de la ciudadanía. Dicho de otra forma: en la visión friedmaniana de la educación, la intervención de los poderes públicos se justifica sólo por sus externalidades positivas, en la medida en que la acción del Estado sobre los menores aumenta el bienestar de otros agentes (el resto de la sociedad) de la economía³⁷.

Ahora bien, que Friedman justifique cierta presencia gubernamental en la educación no significa que admita la garantía de su asunción por los poderes públicos, en aras de hacer efectivo el derecho de todos los ciudadanos a la educación. Más que hacerse cargo de la financiación y administración de un complejo sistema educativo, Friedman cree que el Estado ha de conceder prestaciones en efectivo (cheques) a los padres con hijos menores a su cargo, y garantizar así la libertad de elección de éstos entre los distintos tipos de escuela: pública, privada o religiosa³⁸. Un acuerdo de esta clase haría más efectiva la competencia entre los varios tipos de escuela, igualaría los recursos de que disponen y eliminaría la discriminación a favor de la escuela pública³⁹.

Desde este “minimalismo educativo”, como señala Amy Gutmann, la exigencia de “algo más que el mínimo de civismo constituye un ejercicio ilegítimo de autoridad política sobre una parte de la ciudadanía y, en consecuencia, debería estar prohibido por la Constitución”, por lo que reclaman “menos autoridad estatal sobre la escolarización”; así, el “corolario habitual es la defensa de la elección del tipo de escuela de los padres, con frecuencia a través de un sistema de [cheques]”⁴⁰. Pues bien, de este enfoque minimalista con su

³⁷ En la biblioteca de Economía *Econlib*, Bryan Caplan define las externalidades positivas como “los beneficios o las ventajas de imposible valoración y que, por ello, no resultan compensadas.” Visítese el sitio web: www.econlib.org/library/Enc/Externalities.html. (Consultado por última vez el 14/01/2011).

³⁸ Friedman parece admitir la existencia, en todo caso condicionada, de alguna forma de educación pública, al afirmar que “las escuelas públicas que se mantengan deberían cobrar alguna clase de cuota para cubrir los costos de la educación de los alumnos, lo que las igualaría a la hora de competir con las escuelas del sector privado”.

³⁹ Aunque el origen remoto del mecanismo de los cheques escolares (*school vouchers*) se encuentra en dos programas escolares de los estados de Vermont y Maine, que comenzaron en 1869 y 1873 respectivamente, su recuperación y rediseño por Friedman en 1955 provocó que en la década de los ochenta Chile, Gran Bretaña y la Administración Reagan los reimplantarán y, a partir de entonces, los defensores del “minimalismo educativo” los propongan como solución a casi cualquier problema educativo.

⁴⁰ GUTMANN, 2001: 358.

consiguiente propuesta de reforma de la financiación del sistema educativo, es del que *mutatis mutandis* parten los defensores del *home schooling* en su crítica al modelo español de escuela. En efecto, para José María Martí Sánchez,

“No se puede supeditar el nivel de ayudas recibidas a que, el derecho de elección, se ejerza en una u otra dirección. Lo importante es salvar la calidad de la enseñanza. Otra cosa sería penalizar determinadas opciones. En ciertos países –concretamente, algunas provincias de Canadá– se otorga una financiación a los padres del *homeschooling*.”⁴¹

Centrándonos por ahora en el “corolario” del modelo de financiación que exige el enfoque minimalista, y a pesar de que Gutmann ya alertó en su libro *Democratic Education* de que el hecho de que una enmienda constitucional necesite un respaldo democrático “le crea un verdadero problema al minimalismo cívico”⁴², ésta es precisamente la vía por la optaron en 2009 en EEUU, mediante la presentación de sendos proyectos legislativos que aún no han sido aprobados: de una parte, la Ley de Libertad de Educación Familiar, que proponía una deducción fiscal de hasta 5.000 dólares para los padres que optaran por la escuela privada o el *home schooling*; de otra, la propuesta de enmienda constitucional conocida como de los “Derechos de los Padres”, redactada por Michael Farris, fundador de la Asociación Legal para la Defensa del Home School, y que de ser adoptada protegería “la libertad de los padres para dirigir la educación y crianza de sus hijos” como un derecho fundamental⁴³. Ahora bien, de aprobarse finalmente por la nueva mayoría en la Cámara de Representantes, la nueva enmienda de los Derechos de los Padres dificultaría la ratificación de EEUU de la CDN, de la que actualmente son Estados parte 192 países y solamente dos, EEUU y Somalia, no han ratificado aún⁴⁴. Por una parte, limitaría la capacidad del gobierno de regular la educación en casa y, por otra, significaría la transferencia de hasta cinco mil dólares a las familias que decidieran participar en un sistema privado de *home schooling* impermeable a la fiscalización de los poderes públicos o, cuando menos, opaco⁴⁵.

En España, un estudio realizado por la Fundación de Cajas de Ahorros (Funcas) sobre *La experiencia valenciana* concluye que los resultados de la “introducción del cheque escolar tras las elecciones de 1991” no cumplieron “los dos objetivos” de “igualdad de oportunidades” y de “libertad de elección

⁴¹ MARTÍ SÁNCHEZ, 2010: 6-7.

⁴² GUTMANN, 2001: 360.

⁴³ Cf., HUERTA, 2011.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, el sitio web de Unicef: http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html (Consultado por última vez el 25/01/2011).

⁴⁵ Cf. L. Huerta, cit.

de centros”, ante la nula oferta pública existente. Al contrario, el cheque escolar se puede calificar “como un sistema de financiación de la educación privada”, en el que los pobres resultados son directamente atribuibles a la “escasez de regulaciones”⁴⁶.

Y es que, en definitiva, no debería ser necesario seguir recordando que el enfoque que entiende la relación entre derecho y libertad de forma tal que el derecho es, necesariamente, restricción de la libertad, adolece del problema fundamental de que desconoce que el derecho es condición, y no ya sólo limitación, de la libertad⁴⁷. La tesis de la neutralidad liberal sostiene, efectivamente, que no es tarea del Estado promover la particular visión que del sistema democrático tengan sus ciudadanos, sea ésta patriótica, conservadora o socialista, sino que lo es proteger sus derechos. Pero esto no supone, como pretenden los teóricos del *laissez faire* o libre mercado, limitar aquellos derechos a los de libertad y propiedad, pues la tesis liberal de la neutralidad del Estado es decididamente compatible, como lo muestran las obras de autores de la influencia de Ronald Dworkin, Thomas Nagel o John Rawls⁴⁸, con los valores de igualdad, seguridad y, en lo que aquí nos interesa, la prestación por los poderes públicos de servicios como la educación o la sanidad.

4.3. La crítica comunitarista: autonomía de la familia y objeción de conciencia

El otro ataque a la escolarización obligatoria procede de las asociaciones de padres de diversos países que defienden la alternativa del *home schooling*. Respecto a este punto, Navarro-Valls sostiene que “educación no es sinónimo de escolarización”, por lo que el *home schooling* no sólo debería permitirse, pues “la entidad de la libertad fundamental en juego (autonomía de la familia) no admite su limitación por simples razones de eficiencia, bienestar o igualdad”, sino que además debería también regularse, ya que el “hecho de que el *home schooling* se encuentre regulado responde a la preocupación razonable y legítima del Estado por asegurar un mínimo de eficacia en cuanto a los contenidos de la educación [...]”⁴⁹. En cuanto a esto último, baste ahora con observar, como hace la STC 133/2010, que esta posición centra excesivamente el foco en la enseñanza como la simple transmisión de conocimientos, obviando los objetivos que la CE y los tratados y convenciones internacionales atribuyen a la educación a la que, conviene recordarlo, los

⁴⁶ Cf. GRANELL-PÉREZ, 2010.

⁴⁷ Vid. COLOMER, 1998: 89.

⁴⁸ Esto es así hasta el punto de que en la teoría de Rawls los llamados “bienes primarios” –derechos, libertades, ingresos y riqueza– son repartidos entre todos los ciudadanos de forma equitativa, en el entendimiento de que son necesarios para la realización de cualquier concepción del bien.

⁴⁹ Cf. NAVARRO-VALLS, cit.

niños tienen derecho. Pero más allá de esto, lo que me interesa discutir en esta sección es la categoría de “nuevos objetores” que Navarro-Valls atribuye a los padres defensores del *home schooling*⁵⁰.

Una crítica habitual a la imposición de la escolarización obligatoria es que se trata de una medida que invade el ámbito de la autonomía familiar y no respeta las convicciones personales de los menores y/o de sus padres, por lo que constituiría uno de los supuestos en que cabe la objeción de conciencia⁵¹. La crítica de fondo desde esta perspectiva comunitarista es que los liberales asumen de un modo un tanto ingenuo que los individuos van a adquirir efectivamente un cierto compromiso general de justicia y libertad para todos –compromiso que, entendido como una de las facultades morales de los ciudadanos en tanto que personas, es, para Rawls, necesario para la existencia de una sociedad bien ordenada–, minusvalorando sistemáticamente la importancia de un marco valorativamente denso de contenidos culturales, afectivos o éticos compartidos⁵².

Pues bien, la objeción de conciencia a la escolarización obligatoria resulta, como ha afirmado el TC sobre nuestro tema en la STC 133/2010, “constitucionalmente inobjetable”⁵³. Esta conclusión insiste en la argumentada prioridad de la autonomía de los menores frente a una abusiva demanda parental de reclusión social y duplicación ideológica: si la autonomía es la “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”⁵⁴, una contingencia que los poderes públicos han de evitar es que los niños sean educados de forma que se les blinde frente al mundo exterior. Ésa es precisamente la pretensión de las comunidades Amish, tal como se reconoce en la propia sentencia del caso *Yoder*, que pudo resolverse a favor de los padres sólo en la medida en que el Tribunal Supremo estadounidense no incluyó los intereses derivados del derecho a la educación del menor en su ponderación. Como afirma el juez William O. Douglas en su voto particular a la sentencia del caso *Yoder*, el menor

⁵⁰ Así, por ejemplo, cuando escribe: “Estos “nuevos objetores” no plantean eludir la obligación de educar a sus hijos, sino que rehúsan aceptar que la escuela sea el único y excluyente medio de conseguir ese objetivo.”

⁵¹ Para José María Martí Sánchez, por ejemplo, es posible establecer una división de las objeciones de conciencia en el ámbito educativo en tres bloques; los dos primeros, de carácter más general o difuso, estarían formados por las objeciones que se dirigen contra la obligatoriedad del sistema público de educación, el primero, y contra normas disciplinarias académicas, el segundo. En el tercero se encuadrarían las objeciones contra alguno de los elementos del currículo obligatorio, como gimnasia, música, educación sexual, educación para la ciudadanía, etc. (Vid. MARTÍ SÁNCHEZ, 2007).

⁵² Para una posición radicalmente distinta dentro del enfoque comunitarista, vid. ETZIONI, 2002.

⁵³ Cf. FJ 9, *in fine*.

⁵⁴ Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), vigésima segunda edición. Consultado en la dirección de Internet: <http://www.rae.es/rae.html>

“puede querer convertirse en pianista, astronauta u oceanógrafo. Pero para conseguirlo tendrá que desvincularse de la tradición Amish. Es el futuro del menor, no el futuro de los padres, lo que está en juego. Si unos padres no permiten a su hijo continuar en la escuela más allá de la educación primaria, entonces al niño se le impedirá para siempre el acceso al nuevo y sorprendente mundo diverso que tenemos hoy.”⁵⁵

Una respuesta distinta a la crítica comunitarista sería la empleada recientemente por la Abogacía del Estado al oponerse al recurso de inconstitucionalidad formulado por los padres de una niña contra la obligatoriedad de la enseñanza de la asignatura de “Educación para la Ciudadanía”, después de que el TS anulara una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que resolvió a favor de los padres⁵⁶. Haciendo uso del conocido argumento de la pendiente resbaladiza⁵⁷, el Abogado del Estado aduce que en este caso la objeción recae sobre la Educación para la ciudadanía, “pero mañana podría objetarse Ciencias de la Naturaleza porque se explica la teoría de la evolución, incompatible con la letra del relato bíblico de la creación”. En efecto, una vez aceptada la objeción a la escolarización obligatoria, la propia enseñanza básica podría ser también susceptible de objeción por razones de conciencia.

Si los argumentos del juez Williams y de la Abogacía del Estado son ciertos, entonces a los padres no les cabe la objeción a la escolarización obligatoria. Ahora bien, que ello sea así no significa que el Estado, en su regulación del sistema educativo, no se haya deslizado por otra pendiente resbaladiza, en este caso la de un perfeccionismo ético de base liberal kantiana.

4.4. La objeción del liberalismo pluralista: autonomía del menor, diversidad y tolerancia

Una última crítica a la escolarización obligatoria, proveniente del liberalismo pluralista⁵⁸, apunta a que se trata de una medida que, al justificarse desde las premisas insuficientemente imparciales del liberalismo moral y en su principio de autonomía personal, quiebra la tesis de la neutralidad liberal. En tal sentido, William Galston ha argumentado que, en casos como el de *Yoder*, el Estado liberal no debería actuar, en tanto que con su intervención podría so-

⁵⁵ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 a 236, 1972.

⁵⁶ LÁZARO, 2010.

⁵⁷ En el mismo sentido, vid. RUIZ MIGUEL, 2007: 18”. Y en relación con esto, en la bibliografía hacer constar, mediante guión, un segundo trabajo de RUIZ MIGUEL, Alfonso (2007): “Educación, escuela y ciudadanía”, en A. López Castillo (Ed.), *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 27-49..

⁵⁸ Véase, por ejemplo, WILLIAMS, 1981; RAZ, 1983; TAYLOR, 1982; GRAY, 1996.

cavar valores que son necesarios para la continuidad de ciertas comunidades basadas en doctrinas comprensivas⁵⁹. Los defensores de la tesis de la neutralidad han dado dos tipos de respuesta a esta objeción, que a su vez emergen de sendas corrientes de pensamiento liberal basadas en los principios de autonomía y tolerancia.

Desde un liberalismo más o menos comprensivo, la neutralidad tiene una importancia exclusivamente instrumental o derivada de otros valores morales o políticos, que en este caso sería el principio de autonomía personal⁶⁰. Pues bien, desde un liberalismo explícitamente kantiano, Victoria Camps afirma que

“Que la educación debe estar comprometida con unos valores éticos es una afirmación difícilmente discutible [...] Educar es, así, formar el carácter para que se cumpla un proceso de socialización imprescindible [...] Y para formar el carácter no hay más remedio que inculcar unos valores.”⁶¹

Para este liberalismo kantiano la crítica pluralista estaría, en primer lugar, mal planteada. Según se precisó antes, la tesis liberal no sostiene, ni pretende sostener, una neutralidad absoluta, sino sólo entre diversas concepciones del bien. A partir de aquí, la intervención del Estado para imponer legalmente la escolarización obligatoria puede fundarse en las siguientes tres razones: primero, como forma de proporcionar a los menores una posibilidad efectiva de salida (de la comunidad de origen), y que de otra manera tendrían denegada por la falta de educación⁶²; segundo, como medio de asegurar que los niños tengan los suficientes recursos intelectuales como para participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad democrática y plural⁶³; y, por último, para proteger el derecho del menor a un futuro abierto, en el que la elección entre las diversas concepciones del bien se produzca autónomamente.

Otros como John Rawls o Thomas Nagel, en cambio, aceptando en cierto sentido el valor de la crítica del liberalismo pluralista, han rediseñado las exigencias de la tolerancia en sus teorías de la justicia para que la tesis de la neutralidad que se recoge en ellas sea asumible por ciudadanos que mantienen

⁵⁹ GALSTON, 1995: 533.

⁶⁰ Ejemplos de este liberalismo comprensivo de la autonomía son la obra de Kant, Mill o Locke. Sobre la existencia de un liberalismo perfeccionista comprometido con una concepción del bien centrada en la idea de autonomía, vid. COLOMER, 2001, donde se hace un repaso de esta corriente, con especial atención a las tesis de J. Raz.

⁶¹ CAMPS, 1994: 11.

⁶² OKIN, 2002.

⁶³ Cf. GALSTON, 2002.

posiciones diferentes al liberalismo de la autonomía⁶⁴. En un paso del *Liberalismo político* referido específicamente a la educación, Rawls confirma su distancia respecto del liberalismo moral kantiano al afirmar que el liberalismo político aceptaría sólo que “la educación de los niños incluyera cosas tales como el conocimiento de sus derechos constitucionales y civiles”, si bien “debería también estimular en ellos las virtudes políticas”⁶⁵.

Esta posición del estricto liberalismo político de Rawls –en el que la tolerancia sería un punto intermedio entre los valores de la autonomía y la diversidad–, resulta, me parece, inestable. Y ello porque no tiene suficientemente en cuenta que, como se dijo antes, la intensidad con la que opera la tesis de la neutralidad es diferente en función de cuál sea el ámbito de la acción de los poderes públicos. Seguramente sea verdad, como defiende Nagel, que “la posición verdaderamente liberal está comprometida con el rechazo a utilizar el poder del Estado para imponer paternalistamente a sus ciudadanos una concepción individualista de la vida buena”⁶⁶, pero en la educación, donde el Estado no trata, como en el terreno fiscal, con contribuyentes adultos, sino con estudiantes menores, la acción de los poderes públicos para imponer a los padres la escolarización de sus hijos se limita a garantizar que la elección de los jóvenes de sus propios ideales y planes de vida será libre, autónoma y entre diferentes concepciones del bien.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARNESON, Richard J. y SHAPIRO, I. (1996): “Democratic Autonomy and Religious Freedom: A Critique of *Wisconsin v. Yoder*”, en *NOMOS XXXVIII: Political Order*, Ian SHAPIRO y Russell Hardin (Eds.), Nueva York, New York University Press, pp. 365-411.
- BROOKS, Samuel D. (1990): “Native American Indians’ Fruitless Search for First Amendment Protection of Their Sacred Religious Sites”, *Valparaiso University Law Review*, núm. 24, pp. 521-551.
- CALLAN, Eamonn (1997): *Creating Citizens. Political Education and Liberal Democracy*, Oxford, Clarendon Press.

⁶⁴ Cf. NAGEL, 1991; RAWLS, 1996. En “Two Concepts of Liberalism” Galston confronta dos visiones distintas del liberalismo, basadas en los valores de la autonomía y la *diversidad*, y sostiene además que la disputa entre ambos conceptos no es azarosa ni característica de la teoría política contemporánea, sino que tiene su origen en el desarrollo histórico del liberalismo, de tal forma que mientras la autonomía está vinculada al impulso histórico del proyecto de la Ilustración, la diversidad liberal lo está al de la Reforma protestante. Creo, en cambio, que es preferible hablar de tolerancia antes que de “diversidad” pues ésta, si no va acompañada de otros valores como el respeto, la libertad o, en definitiva, la tolerancia, no constituye un principio moral por sí mismo. Aunque sin detenerme en ello, diré que creo que esta cuestión es precisamente la que separa al liberalismo pluralista del político: mientras el primero se justifica desde el valor de la diversidad, el segundo lo hace desde el de la tolerancia.

- CAMPS, Victoria (1994): *Los valores de la educación*, Madrid, Anaya.
- CARPER, James C. (2000): "Pluralism to Establishment to Dissent: The Religious and Educational Context of Home Schooling", *Peabody Journal of Education*, núm. 75, pp. 8-19.
- COLOMER, José Luis (1998): "Libertad personal, moral y derecho. La idea de la "neutralidad moral" del Estado liberal", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 2, pp. 89-129.
- ETZIONI, Amitai (2002): "A Communitarian Position on Character Education", en W. Damon (Ed.), *Bringing in a New Era in Character Education*, Stanford, Hoover Institution Press, pp. 113-29.
- FRIEDMAN, Milton (1955): "The Role of Government in Education", en R. A. Solo (Ed.), *From Economics and the Public Interest*, Nueva Jersey, Rutgers College.
- GALSTON, William (1995): "Two Concepts of Liberalism", *Ethics*, núm. 105, pp. 516-34.
- (2002): "Parents, Government, and Children: Authority over Education in the Liberal Pluralist State", en *Liberal Pluralism. The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, pp. 93-109.
- GORDON, James D. (1996): "*Wisconsin v. Yoder* and Religious Liberty", *Texas Law Review*, núm. 74, pp. 1237-1240.
- GRANELL PÉREZ, Rafael (2010): "Los bonos educativos en España: la experiencia valenciana", en *Financiación de la enseñanza obligatoria: los bonos escolares en la teoría y en la práctica*, Madrid, Fundación Funcas.
- GRAY, John (1996): *Isaiah Berlin*, Princeton, NJ, Princeton University Press.
- GUTMANN, Amy (1995): "Civic Education and Social Diversity", *Ethics*, núm. 105, pp. 557-79.
- (1999): *Democratic Education*, Princeton, N. J., Princeton University Press (1ª ed. 1987); trad. cast. de Águeda Quiroga, Barcelona, Paidós, 2001.
- HUERTA, Luis (2011): "Uniting Fiscal and Social Conservatism", *The New York Times*, 5 de enero.
- KYMLICKA, William (1995): *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press; trad. cast. de Carme Castells Auleda: *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.
- LAPORTA, Francisco (1987): "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, núm. 4, pp. 23-46.
- LÁZARO, Julio (2010): "El Abogado del Estado niega que los padres tengan el monopolio sobre la educación y las virtudes cívicas", *El País*, 28 de diciembre.
- MACCORMICK, Neil (1990): *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Madrid, Tecnos.

- MACEDO, Stephen (2000): *Diversity and Distrust: Civic Education in a Multicultural Democracy*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- MANTECÓN SÁNCHO, Joaquín (2006): “El derecho de los padres a la educación de sus hijos según sus convicciones”, ponencia presentada en la *Jornada de Estudio sobre la Educación para la Ciudadanía* organizada por la Conferencia Episcopal Española, 17 de noviembre de 2006.
- MARTÍ SÁNCHEZ, José María (2007): “Objeciones de conciencia y escuela”, *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 15.
- (2010): “*Homeschooling*, ¿un derecho de los padres?”, ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Educación en Familia, Valencia, 22-23 de octubre de 2010.
- MCVICKER, Debra D. (1985): “The Interest of the Child in the Home Education Question: *Wisconsin v. Yoder* Re-examined”, *Indiana Law Review*, núm. 18, pp. 711-729.
- NAGEL, Thomas (1991): *Equality and Partiality*, Oxford, Oxford University Press.
- NAVARRO-VALLS, Rafael (2010): “La educación en casa o cuando el Estado invade la vida privada de sus ciudadanos”, *El Confidencial*, 23 de diciembre.
- OKIN, Susan M. (2002): “Mistresses of Their Own Destiny: Group Rights, Gender, and Realistic Rights of Exit”, *Ethics*, núm. 112, pp. 205-30.
- RAZ, Joseph (1983): *The Morality and Conflict*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- RAWLS, John (1996): *Liberalismo político*, trad. cast. de Antoni Doménech, Barcelona, Crítica.
- REDONDO, Ana María (2003): *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y “homeschooling”*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- REICH, Robert (2002): “Testing the Boundaries of Parental Authority Over Education: The Case of Home schooling”, en Stephen Macedo & Yael Tamir (eds.), *Political and Moral Education, NOMOS XLIII*, Nueva York, New York University Press, pp. 275-313.
- RESCHLY, Steven D. (2001): “Expanded Exercise: The Amish, Compulsory Education, and Religious Freedom”, en John W. Johnson (ed.), *Historic U.S. Court Cases: An Encyclopedia, Vol. II*, Nueva York, Routledge, pp. 978-82.
- RUANO ESPINA, Lourdes (2009): “El derecho a elegir en el ámbito escolar la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones en el marco de la LOLR”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 19, pp. 1-58.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1994): “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, 15-16, pp. 651-74.

- TAYLOR, Charles (1982): "The Diversity of Goods", en Amartya Sen y Bernard Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press.
- TOMPKINS, Dwight E. (1991): "An Argument for Privacy in Support of the Choice of Home Education by Parents", *Journal of Law and Education*, núm. 20, pp. 301-323.
- WALDRON, Jeremy (1993): "Legislation and Moral Neutrality", en *Liberal Rights. Collected Papers (1981-1991)*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 143-167.
- WILLIAMS, Bernard (1981): "Conflicts of Values", en *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press.

El legista Cernuda en sus escritos

Julián Gómez de Maya
Área de Historia del Derecho
Universidad de Murcia

Recibido: 24.02.2011
Aceptado: 11.05.2011

Resumen: El presente trabajo analiza, como paradigmático, el drama vocacional del poeta Luis Cernuda, estudiante de Derecho y, a la postre, licenciado perplejo ante el encauzamiento de su vida por alguna de las vías profesionales que le abría su titulación, ajenas todas ellas a sus más íntimas inclinaciones... Además, con una sucinta mirada sobre el desenvolvimiento universitario de aquellos otros miembros de la Generación del 27 que cursaron Derecho, se amplía el campo de visión hasta completar acaso una interesante panorámica del fenómeno.

Palabras-clave: Vocación jurídica, conflicto vocacional, estudios universitarios de Derecho, Luis Cernuda, Generación del 27.

Abstract: *The present work analyses, as a paradigm, the vocational conflict of the poet Luis Cernuda. He was a student of Law who, ironically on graduating, was confounded by the way his life was directed down one of the very paths that his studies had opened up for him; all these paths being alien to his most heartfelt inclinations... Furthermore, we broaden the scope of this work with a succinct look at the University progress of those others of the Generation of 27 who studied Law; and thus give, perhaps, an interesting insight into this phenomenon.*

Key words: *Juridical vocation, vocational conflict, University studies of Law, Luis Cernuda, Generation of 27.*

Sumario: I. Luis Cernuda bajo el árbol de la ciencia. II. La lucha por la vida. III. Los otros juristas de la Generación del 27: III.1. Pedro Salinas. III.2. Dámaso Alonso. III.3. Vicente Aleixandre. III.4. Federico García Lorca. III.5. Manuel Altolaguirre. IV. Recapitulación.

En su edición vigente, el *Diccionario* de la Real Academia Española da, de primero, a la voz *legista* el significado de “persona versada en leyes o profesor de leyes o de jurisprudencia”, pero no es éste el sentido en que cabe aplicar el término al poeta Luis Cernuda (1902-1963), sino en el de la segunda acepción recogida, más modesta: “persona que estudia jurisprudencia o leyes”¹ –obviemos ahora su clásica oposición a *canonista*–, por cuanto que

ciertamente no engendra la pericia en leyes el timbre que le ha franqueado la posteridad ni, por ende, el que justifica la atención a sus estudios jurídicos, tan corrientes, tan inexpresivos por sí solos...

Ya poeta en eclosión, se licenció en Derecho el año 1925, mas nunca llegaría a probarse en el ejercicio de tales saberes oficialmente acreditados: por el contrario, una vez cubierto ese período de aprendizaje definido por aquella secundaria acepción lexicográfica, veremos inhibirse al egresado ante el esperable acceso al nivel de la principal en seguimiento de un condigno *cursus honorum*, el pertinente a cualquiera de las parcelas laborales servidas por juristas. La clave de una distorsión vocacional ha de estar bien en la eventual resistencia que pueda oponer el medio socio-económico, bien en el fuero interno del propio protagonista; mas poca fuerza podrá hacer o añadir aquella cuando ya la disonancia se ha fraguado y se ha recrecido en éste: lloverá sobre mojado. Por ende, el preferente acudimiento al testimonio introspectivo se justifica aquí en virtud del objeto enfocado, puesto que, en general, constituye la vocación un aspecto de la personalidad para cuyo examen los datos aportados por los biógrafos valdrán de poco más que de ilustración probatoria: una discordancia entre el expediente académico y el currículum profesional como la observable en Cernuda sólo puede aquilatarse a través del sondeo de la vocación subjetivamente sentida; el venero prístino de información no debe ser otro que el examen reflexivo del educando, siempre que tengamos la fortuna –como es el caso– de que nos haya legado su consignación escrita. No es el poeta del 27, desde luego, memoriógrafo al uso, pero su desvío de las formas más canónicas del género viene compensado por el hecho de que su obra toda “[...] puede verse como una biografía espiritual, sucesión de momentos vividos y reflexión sobre esas experiencias vitales”, de acuerdo con el plácito felizmente acuñado por Octavio Paz²; comprobémoslo, pues.

I. Luis Cernuda bajo el árbol de la ciencia

Cernuda, sevillano, accede al *alma mater studiorum* de su ciudad natal³ en 1919⁴, bajo el Plan de 1900 y recién nacida la Reforma Silió⁵. Nada nos

¹ *Diccionario de la lengua española*, 22^a ed. (2001), t. II.

² Octavio PAZ, “La palabra edificante”, en *Los signos en rotación y otros ensayos*, selec. Carlos Fuentes, Alianza, Madrid, 1971, pág. 130.

³ *Vide*, v. gr., FRANCISCO AGUILAR PIÑAL, *Historia de la Universidad de Sevilla*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1991, págs. 155-161.

⁴ Hace referencia FRANCISCO LÓPEZ ESTRADA, “Estudios y cartas de Cernuda (1926-1929)”, en *Ínsula*, n.º 207 (II-1964), pág. 3, a su “Título de Bachiller, expedido por el rector de la Universidad el 14 de agosto de 1919 [...]”.

⁵ *Vide* Manuel MARTÍNEZ NEIRA, *El estudio del Derecho: libros de texto y planes de estudio en la Universidad contemporánea*, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2001, págs. 143-145, 155-156 y 284-291.

cuenta en sus páginas autobiográficas acerca de la decisión de matricularse en la Facultad de Derecho, aunque sí deja bien claro que no era ésa, ni siquiera al comienzo, la vocación a la que se sentía llamado: viendo cercano ya “el fin de tu estancia en la universidad”⁶ –recapacita–,

mi grado universitario no podía servirme de mucho, porque era de licenciado en derecho y éste nunca me atrajo⁷.

Con el doctor Marañón en un luminoso ensayo, “hay que tener en cuenta que los seres humanos vivimos sujetos a la gran tragedia [...] de que hemos de elegir nuestra profesión o destino social en una edad en la que la vocación, que es, en su fondo biológico, aptitud, no ha madurado todavía. Salvo casos rarísimos, geniales, de vocación pura, precoz e invencible, la mayoría de los hombres en plena nebulosidad de la adolescencia, al llegar una edad esquemática igual para todos, siendo todos diferentes hemos de decidir nuestro futuro social sin otra razón de peso que la de que somos bachilleres en junio y antes del próximo octubre hemos de estar matriculados en esta o en la otra Escuela Superior, Taller o Facultad. El hombre, que no se conoce nunca a sí mismo, es justamente en esos años amorfos cuando se conoce menos. Y decide nuestro porvenir el consejo de cualquiera o la simple imitación a un amigo, o la tradición familiar, o el mandato del padre, o cualquier otro motivo no menos impregnado de azar y no menos ajeno a la genuina vocación, aun dormida”⁸. No lo sabemos de fijo, mas todo apunta a que la última motivación explicitada por el erudito patólogo, *el mandato del padre*, sea la correspondiente al presente supuesto vital, habida cuenta del despego cernudiano hacia el mundo del Derecho y de la psicología autoritaria del progenitor, deformación profesional acaso del militar que era⁹. En el diáfananamente autobiográ-

⁶ Luis CERNUDA, “Ocnos”, en *Obra completa I. Poesía*, ed. Derek Harris et Luis Maristany, Siruela, Madrid, 2002, pág. 581.

⁷ Luis CERNUDA, “Historial de un libro”, en *Obra completa II. Prosa I* cit., pág. 633.

⁸ Gregorio MARAÑÓN, “Vocación y ética” y otros ensayos, Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1946, pág. 27. Y sucede desde siempre que “se reservaba la palabra para la vocación religiosa, la que se pone directamente al servicio de la trascendencia; lo demás, simples gustos. Faltó una teología general de la vocación” (José María GARCÍA ESCUDERO, *El escándalo del cristianismo*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1976, pág. 27).

⁹ Miguel Jaroslaw FLYS, “Introducción biográfica y crítica” a Luis Cernuda, *La realidad y el deseo*, Castalia, Madrid, 1982, pág. 21, subraya “[...] la actitud autoritaria del padre que mantiene una disciplina rígida en su hogar”. Para James VALENDER, “Cronología: 1902-1963”, en id. (ed.), *Entre la realidad y el deseo: Luis Cernuda (1902-1963)*, Sociedad Estatal de Commemoraciones Culturales/Residencia de Estudiantes, Madrid, 2002, pág. 109, “[...] resulta evidente que la familia Cernuda Bidón no era una familia cualquiera. La formación militar del padre se dejó sentir en la casa, donde la disciplina familiar fue muy estricta y la comunicación afectiva entre unos y otros muy escasa. La tentación de retirarse a un mundo imaginario propio era, por lo tanto, aún más aguda que en la mayoría de las familias burguesas o pequeño-burguesas de la época, donde de todos modos las decisiones del padre te-

fico poema “La familia” se nos presentan *el padre adusto, la madre caprichosa*¹⁰, “recibiendo deleite tras de azuzarte a veces / para tu fuerza tierna dobligar a sus leyes”¹¹ bajo “[...] la pobre tiranía que levantaron”¹²:

Aquel amor de ellos te apresaba
 Como prenda medida para otros,
 Y aquella generosidad, que comprar pretendía
 Tu asentimiento a cuanto
 No era según el alma tuya¹³.

Los argumentos del padre –si es que se los dio¹⁴– debieron de ser semejantes a aquéllos que el de Ramón de Garciasol tuvo para éste: “lo otro, la filosofía o lo que sea, lo estudias por tu cuenta. Quédate con lo seguro”¹⁵. Empero, el cursar Derecho *no era según el alma* del joven Luis... Y, entonces, ¿qué lo era?:

nían que ser obedecidas de inmediato y al pie de la letra”. *Vide* la anecdótica caracterización del patriarca contenida en el homenaje al poeta de su amigo Rafael MARTÍNEZ NADAL, *Españoles en la Gran Bretaña: Luis Cernuda (el hombre y sus temas)*, Hiperión, Madrid, 1983, pág. 26, con el sobrecogedor corolario del unigénito: “le molestaba mi presencia”.

¹⁰ CERNUDA, *Poesía* cit., pág. 334 (vs. 9-10).

¹¹ CERNUDA, *Poesía* cit., pág. 335 (vs. 45-46).

¹² CERNUDA, *Poesía* cit., pág. 336 (v. 66).

¹³ CERNUDA, *Poesía* cit., pág. 336 (vs. 57-61).

¹⁴ En la visión de Eloy SÁNCHEZ ROSILLO, *La fuerza del destino: vida y poesía de Luis Cernuda*, Universidad de Murcia, Murcia, 1992, pág. 32, se sintetiza en que “[...] seguramente presionado por su familia, se decide sin meditarlo demasiado por la de Derecho, que era en aquel tiempo la preferida de la juventud española procedente de la burguesía. La elección, no hace falta decirlo, no podría haber sido más desacertada. La aridez del estudio de los diversos códigos y las severas disciplinas amontonadas en los gruesos libros de texto, poco tenían que ver con el espíritu libre e imaginativo de Cernuda ni con su temprana propensión a rebelarse contra las normas a las que –según el poeta empezaba a considerar– las clases dominantes de la sociedad, para salvaguardar sus intereses y privilegios, asignan arbitrariamente el nombre de ley. Esta circunstancia dio lugar a que los resultados conseguidos por Luis Cernuda en la Universidad quedaran bastante lejos de la brillantez”. En substancia, ante los hechos constatados, no caben otras diferencias que las de la matización; así lo ve, por ejemplo, VALENDER, “Cronología...” cit., pág. 112: “si la decisión de estudiar esta carrera fue tomada por el propio Cernuda, no lo sabemos, pero no es imposible. Dicha elección, desde luego, era algo muy normal en un hijo de familia acomodada de la época; y no hay indicio, por otra parte, de que el joven sevillano hubiera descubierto todavía su vocación como poeta”. Sea como fuere, “[...] siguió el camino habitual de un joven de su clase social” (Jordi AMAT, *Luis Cernuda: fuerza de soledad*, Espasa Calpe, Madrid, 2002, pág. 41).

¹⁵ Ramón de GARCÍASOL, “Autopercepción intelectual de un proceso histórico: noticias autobiográficas”, en *Anthropos*, n.º 103 (1989), pág. 32: “mi padre quiso –sentido práctico– que fuese abogado. [...] La opinión general sostenía que fuera de lo útil, lo demás se quedaba en irrespetable: médico, abogado, ingeniero. Por eso hay tanta burocracia y administrativismo en España, país conservador del parco pedazo de pan. En el caso de mi padre era el dictado de la experiencia, que alicorta en nombre de la seguridad, la voz del escarmiento en cabeza propia”. *Vide* la nota 172.

No recuerdo que, antes de sorprenderme a mí mismo descubriéndome una vocación poética, hubiese yo pensado, ni deseado, ser poeta, aunque mi aceptación del hecho siguiera al despertar de la vocación. Ya entrado en la edad madura, volviendo sobre mi niñez y adolescencia, percibí cómo todo en ellas me había preparado para la poesía y encaminado hacia ella. Y, como un poeta lo dijo: “el niño es padre del hombre”¹⁶.

Sí, Luis Cernuda, mirando dentro de sí, “[...] ya comenzaba a entrever que el trabajo poético era razón principal, si no única, de mi existencia”¹⁷, el sagrado o paraíso interior cuando fugitivo y “[...] asfixiado en suma por el triple y hórrido círculo familiar, amistoso y nacional, me revolvía a uno y otro lado, buscando un poco de frescor, un poco de naturaleza y de libertad”¹⁸. Ello no obstante, hubo de frecuentar, *velis nolis*, aulas y asignaturas bien extrañas a sus intereses. Resulta muy significativo, a este respecto, el exiguo peso que las materias estrictamente jurídicas alcanzan incluso en sus recuerdos de la Universidad:

En mi primer año de estudios universitarios había sido yo alumno de Pedro Salinas, como catedrático que él era, en Sevilla, de Historia de la Lengua y Literatura Españolas. Mas por una incapacidad típica mía, la de serme difícil, en el trato con los demás, exteriorizar lo que llevo dentro, es decir, entrar en comunicación con los otros, aunque algunas veces lo desee, durante el curso no fui para Salinas sino un alumno más, y de los menos distinguidos, entre el medio centenar de ellos que debió tener durante el año escolar 1919-1920¹⁹.

Salinas, decano de la Generación de 1927, puesto a evocar al antiguo alumno, le aplica cervántico y muy sugerente apelativo: “¡no me lo he perdo-

¹⁶ CERNUDA, “Historial...” cit., pág. 625.

¹⁷ CERNUDA, “Historial...” cit., pág. 630. En la evocación de su condiscípulo José de MONTES, “Texto en facsímil”, en Julio M. de la Rosa, *Luis Cernuda: inéditos*, RC Editor, Sevilla, 1990, pág. 51, “con lecturas como estas que expliquen [sic], continuamos los cursos universitarios. Durante ellos nunca vislumbré que Cernuda escribiera poesías. Es mas, guardó celosamente el secreto de su vocación activa, si es que la ejercitara. En contraste con esto muchas veces me enseñaba pequeñas acuarelas o dibujos [...]. Durante mucho tiempo he conservado esas láminas sin valor alguno, y que el curso del tiempo se encargó de destruir. / La primera vez que tuve conocimiento de una poesía escrita por Cernuda me llamó mucho la atención, pero no me sorprendió. Leí el poema y me gustó mucho [...]. / Esto coincidió quizá con el último año de mis estudios universitarios. Cernuda quedó rezagado en la terminación de la carrera, no recuerdo por que causa, si fué con motivo del servicio militar o de cualquiera otra circunstancia”.

¹⁸ Luis CERNUDA, “Carta a Lafcadio Wluiki”, en *Prosa I* cit., pág. 802.

¹⁹ CERNUDA, “Historial...” cit., págs. 626-627. Registra esa incapacidad comunicativa un antiguo conmitón, tanto en el cuartel como en las aulas, Joaquín ROMERO MURUBE, *Los cielos que perdimos*, ed. María Fernanda González Llamas, ABC, Sevilla, pág. 120, a la hora de redactar su gaceta necrológica: “universitario de la calle del Aire, comenzando ya a reunir tu enorme capacidad de desprecio, de asco, de soledad y lejanía...”

nado aún! ¡Y ya va para veinticinco años! No le conocí, de primeras. ¡Meses y meses, de octubre a mayo, sentados frente a frente, aula número cuatro, Universidad de Sevilla! ¡Y nada! [...] Pero él era alumno oficial de mi clase de Literatura; mi año primero de enseñanza. Los dos novicios, él en su papel, yo en el mío. Y no le conocí, y se estuvo cerca de un año un profesor –y de Literatura!– delante del poeta más fino, más delicado, más elegante que le nació a Sevilla, después de Bécquer, sin saberlo. / Claro es que él entonces apenas escribía y nunca me enseñó un poema suyo. Pero ¡eso qué tiene que ver! No me lo he perdonado aún. ¿Me lo habrá perdonado él? / [...] Difícil de conocer. [...] Por dentro, cristal. Porque es el más *licenciado Vidriera* de todos, el que más aparta la gente de sí, por temor de que le rompan algo, el más extraño²⁰. Contra el tropo habrá de rebelarse el aludido a la hora del *ajuste de cuentas* con quien antaño fuera su mentor literario²¹; lo hace en el poema “Malentendu”:

Él escribió de ti eso de “Licenciado Vidriera”
Y aun es de agradecer que superior ineptia no escribiese,
Siéndole tan ajenas las razones
Que te movían²².

Otros profesores subsisten en su memoria, no muchos –y aun éstos con denotación negativa–, porque Cernuda es individualista, autodidacto, ensimismado..., y porque aquello le importaba más bien poco, con menor aliciente cuanto más apartado del *mester de poetría* al que, como oriente vocacional, estaba abocada su existencia.

En cuanto a lecturas filosóficas, la sola palabra filosofía despertaba en mi mocedad una curiosidad intelectual que no reservaba sólo para la poesía. Desgraciadamente, mi curso universitario de historia de la filosofía fue un fracaso. ¿Por culpa mía? ¿Por culpa del profesor? Era éste un anciano que había heredado de su padre, krausista, idéntica profesión filosófica, lo cual

²⁰ Pedro SALINAS, *Ensayos de literatura hispánica*, ed. Juan Marichal, Gredos, Madrid, 1967, págs. 372-374. En realidad, parecer ser que no había estado impartiendo clase desde octubre; aduce LÓPEZ ESTRADA, “Estudios...” cit., pág. 3, el testimonio de José de Montes González, amigo y condiscípulo del joven Cernuda: “recuerda el señor Montes que en este curso Salinas estuvo en parte ausente, y los alumnos oyeron las explicaciones de literatura de don Cristóbal Bermúdez Plata; Salinas llegó en febrero y trató del siglo XVIII y, sobre todo, y con calor, del 98”. En conclusión, debe atenderse a José María BARRERA LÓPEZ, *Pedro Salinas en la Universidad Literaria de Sevilla*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1991, págs. 23-31.

²¹ CERNUDA, “Historial...” cit., pág. 627: “no sabría decir cuánto debo a Salinas, a sus indicaciones, a su estímulo primero; apenas hubiera podido yo, en cuanto poeta, sin su ayuda, haber encontrado mi camino” (merece consignarse que la fecha de este ensayo es 1958; el poema aducido es posterior sólo en tres años, de 1961, pero ya antes, en 1955, había elaborado una implacable crítica de la poética saliniana en ID., “Estudios sobre poesía española contemporánea”, en *Prosa I* cit., págs. 195-200), tan diferente de ID., “Pedro Salinas y su poesía”, en *Obra completa III. Prosa II* cit., págs. 18-21, artículo redactado en 1929.

²² CERNUDA, *Poesía...* cit., pág. 524 (vs. 13-16).

acaso tiñera sus lecciones que, por lo demás, no alimentaron aquella curiosidad mía a que me he referido. Por mi cuenta leí algo de Schopenhauer y de Nietzsche, y poco después, al estudiar economía (cuyo catedrático quedé para mí como ejemplo de la indiferencia y desdén con que cierto tipo de intelectual español, pedante y vanidoso, podía proceder con sus alumnos), llegué a leer, en traducción pésima y podada en extremo, *El Capital*²³.

Aunque ese catedrático de Economía Política y Hacienda Pública, Ramón Carande²⁴, “[...] el más significado de los historiadores de las instituciones económicas que ha habido en España”²⁵, cuenta con producción memorio-gráfica de amena factura –y fragmentaria linealidad–, no llega a evocar su extensa etapa en la Facultad sevillana²⁶ ni, por descontado, a tan retraído y disconforme alumno... Por lo que a éste toca, nos ha dicho algo de las materias seguidas en su paso por las aulas: Literatura, Filosofía, Economía, sí; ¿pero dónde queda el Derecho?: conforme se ha ido viendo, demasiado lejos de las inquietudes del joven Cernuda.

Había en el viejo edificio de la universidad, pasado el patio grande, otro más pequeño, tras de cuyos arcos, entre las adelfas y limoneros, susurraba una fuente. El loco bullicio del patio principal, sólo con subir unos escalones y atravesar una galería, se trocaba allá en silencio y quietud.

Un atardecer de mayo, tranquilo el edificio todo, porque era ya pasada la hora de las clases y los exámenes estaban cerca, te paseabas por las galerías de aquel patio escondido. / [...] Aquella tarde, el surtidor que se alzaba como una garzota blanca para caer luego deshecho en lágrimas sobre la taza de la fuente, su brotar y anegarse sempiterno, trajo a tu memoria, por una vaga asociación de ideas, el fin de tu estancia en la universidad.

Nunca el pasar de las generaciones parece tan melancólico como al representárselo en algo materialmente, tal en esos viejos edificios de universidades o cuarteles, por los que discurre cada año la juventud nueva, dejando en ellos sus voces, los locos impulsos de la sangre²⁷.

Parece llegado entonces el instante crítico, la hora de la verdad, en la que el estudiante va a encararse por fin consigo mismo y, redimido de la férula pa-

²³ CERNUDA, “Historial...” cit., págs. 628-629.

²⁴ Cfr. nota 49.

²⁵ Manuel J. PELÁEZ, “Carande Thobar [o Thovar], Ramón [Regino Manuel Nicolás Mónico]”, *apud* id. (ed.-coord.), *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*, Universidad de Málaga, Zaragoza/Barcelona, 2005/2008, v. 1, pág. 195; y *vide* Rocío YÑIGUEZ OVANDO, *Ramón Carande, un siglo de vida*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2002, *in totum*.

²⁶ *Vide* Ramón CARANDE, *Personas, libros y lugares*, Ámbito, Valladolid, 1982, págs. 5, 13-14 o 30-37, al menos.

²⁷ CERNUDA, “Ocnos” cit., págs. 581-582.

terna —el cabeza de familia ha muerto a últimos de 1920²⁸ y la madre le concede acto seguido la emancipación²⁹—, pasará a enfrentarse con el opresivo entorno que lo ha estabulado en la Facultad de Derecho:

Apoyado en una columna del patio, pensaste en tus días futuros, en la necesidad de escoger una profesión, tú, a quien todas repugnaban igualmente, y sólo deseabas escapar de aquella ciudad y de aquel ambiente letal. Cosas contradictorias eran tu necesidad y tu deseo, atándote a ambos sin solución la pobreza. Mas aquel problema mezquino, ¿qué valor tenía cuando te veías arrastrado en el avanzar incesante del tiempo, ascendiendo con una generación de hombres para caer luego, perdiéndote con ellos en la sombra? Privado de gozo, de placer y de libertad, como tantos otros, comprendiste entonces que acaso la sociedad ha cubierto con falsos problemas materiales los verdaderos problemas del hombre, para evitarle que reconozca la melancolía de su destino o la desesperación de su impotencia³⁰.

He aquí cómo el problema de la vocación, *el destino*, se reconduce una vez más en Cernuda hacia ese *dolorido sentir* suyo de acentos tan originales. Pero a la par que está negando los valores establecidos, no deja de afirmar otra axiología de particular, entrañada vigencia:

[...] Entreveía también que yo servía a algo que, en mi caso, no admitía se le diese devoción secundaria ni compartida: la poesía. Tenía además ho-

²⁸ FLYS, “Introducción...” cit., pág. 25: “[...] a finales de 1920, muere su padre, lo que parece liberarle un tanto de las exigencias de la sociedad en que vive”. “Entre padre e hijo no hubo nunca entendimiento. Por eso, la desaparición de don Bernardo [...] fue para Cernuda una especie de liberación. Su muerte, sin embargo, tuvo para la familia grave repercusión económica” (SÁNCHEZ ROSILLO, *La fuerza...* cit., pág. 34).

²⁹ Vide transcrita la “Certificación literal de inscripción de nacimiento”, con su nota emancipatoria marginal, en José María CAPOTE NEBOT, *El período sevillano de Luis Cernuda*, Gredos, Madrid, 1971, págs. 147-149. SÁNCHEZ ROSILLO, *La fuerza...* cit., pág. 34, motiva el acto: “la emancipación debió hacerse necesaria cuando la familia, para afrontar la nueva situación económica, hubo tal vez de vender alguna propiedad, porque al otorgársele al muchacho ‘los beneficios de la mayor edad, para que pueda regir su persona y bienes’, se le concedía ya a éste el poder legal de enajenar la parte de la herencia paterna o de alguno de sus abuelos que posiblemente figuraría en las escrituras a su nombre y que no habría podido ser vendida sin el requisito previo mencionado. Paso meramente formal hacia la libertad que, sin embargo, es de suponer que agradecería no poco a Luis, quien cada vez sentía de manera más angustiosa la fría opresión del círculo familiar”.

³⁰ CERNUDA, “Ocnos” cit., pág. 582. Glosa el instante SÁNCHEZ ROSILLO, *La fuerza...* cit., págs. 37-38, con estas líneas: “en la primavera de 1925, cercanos ya los exámenes que pondrían fin a su último año de carrera, Luis comenzó a sentirse desasosegado por los problemas que habrían de presentársele una vez que estuviere en posesión de su título de licenciado en Derecho. La situación económica familiar era precaria y él se vería obligado en seguida a tratar de abrirse camino en una vida profesional que no le atraía en absoluto. Se sentía embargado en aquellos meses por esa peculiar melancolía que siempre nos invade cuando nos damos cuenta de que hemos llegado al final de una etapa de nuestra vida y debemos enfrentarnos con la inseguridad de una nueva y más complicada que la anterior”.

rror a lo que el mismo Rimbaud ha llamado “la mano”, el acomodamiento espiritual a un oficio o profesión, y comprendía, no sin terror, ya que la sociedad exige tal acomodamiento de los que deben ganarse la vida, que nunca tendría esa “mano”³¹.

Tú me escogiste, Poesía, entre los demás; yo, ¿qué había de hacer sino seguirte?³²

A pesar de todo, va cubriendo el expediente e incluso, según refiere Agustín Delgado, acaso “unas prosas tuyas ven la luz en la revista de derecho de la universidad sevillana (1924-1925)”³³. No figuran en su *Prosa completa* ni he podido hallarlas fuera de ella: quizá se refiera el filólogo a los textos de temática literaria aparecidos en el órgano de la Federación Escolar Sevillana³⁴. Lo que sí cabe aportar es el resumen de su expediente académico. En el curso 1919-1920 sigue, en la Facultad de Filosofía y Letras, el Preparatorio de Derecho: ya conocemos el nombre de su profesor de Lengua y Literatura Españolas, D. Pedro Salinas³⁵, que le dio un *Aprobado* en los exámenes de junio, al igual que D. José de Castro en Lógica Fundamental y D. Miguel Lasso de la Vega en Historia de España. La carrera propiamente dicha la comienza el curso 1920-1921: en Instituciones de Derecho Romano, con el profesor D. José López de Rueda³⁶, obtiene un *Aprobado* en los exámenes de junio, pero sendas notas como *Suspense* en Elementos de Derecho Natural, que imparte D. Joaquín Campos Murilla, y en Economía Política, asignatura –de acuerdo con lo ya apuntado– de D. Ramón Carande³⁷; entrambas materias las recupera en la convocatoria de septiembre con idéntica calificación de *Aprobado*. El tercer año, 1921-1922, segundo curso de Derecho, sigue la Historia del Derecho Español expuesta por D. Francisco de Casso y Fernández³⁸, quien le da un *Aprobado* en los exámenes de junio, como D. Enrique Martí Gares en Derecho Político Español Comparado; su primer *Notable* lo consigue, junio

³¹ CERNUDA, “Historial...” cit., pág. 633.

³² Luis CERNUDA, “[Anotaciones] (1926-1927)”, en *Prosa II* cit., pág. 831.

³³ DELGADO, *La poética...* cit., pág. 28.

³⁴ “Se trata de aquellas ‘líneas de prosa en una revista estudiantil’ (recordaría Cernuda en *Historial de un libro*) que lo pusieron en contacto con Pedro Salinas” –aclaran Derek HARRIS et Luis MARISTANY [eds.], “Notas” a Luis Cernuda, *Obra completa III. Prosa II* cit., pág. 829–. Las líneas en prosa corresponden a CERNUDA, “Matices”, *ibid.*, págs. 727-728; y el comentario de su autor se contiene exactamente en *id.*, “Historial...” cit., pág. 627: “ya casi al final de mi carrera, la ocasión de haber publicado yo algunas líneas en prosa en una revista estudiantil, líneas que Salinas leyó, y la mediación de algunos amigos comunes, nos puso al fin en contacto”.

³⁵ Sin embargo, *vide* la nota 20.

³⁶ *Vide* Manuel J. PELÁEZ, “López de Rueda Moreno, José”, *apud id.* (ed.-coord.), *Diccionario...* cit., v. I, págs. 488-489.

³⁷ *Vide* la nota 25.

³⁸ *Vide* Reyes MARTÍN SÁNCHEZ, “Casso Fernández, Francisco de”, en Peláez (ed.), *Diccionario...* cit., v. I, pág. 207.

también, de D. Eloy Montero³⁹ en Instituciones de Derecho Canónico. El curso 1922-1923 vuelve a superar en junio todas las asignaturas, una de ellas con *Sobresaliente*: el Derecho Administrativo del profesor D. Carlos García Oviedo⁴⁰; además, logra tres valoraciones de *Notable*: en Derecho Civil Español I con D. Demófilo de Buen⁴¹, en Derecho Penal con D. Federico Castejón⁴² y en Derecho Internacional Público con D. Adolfo Moris; el único *Aprobado* simple de este año es el que D. Ramón Carande, aquel *ejemplo de la indiferencia y desdén* –a decir de Cernuda⁴³–, le concede en Elementos de Hacienda Pública. El siguiente curso, de 1923-1924, no le marchan tan bien las cosas, sin duda por estar cumpliendo, entre 1923 y 1925, el servicio militar⁴⁴ (en la propia Sevilla, en el Tercer Regimiento de Artillería Ligera, acuartelado en la Fábrica de Tabacos, actual sede rectoral de la Universidad y de sus Facultades de Derecho y de Letras⁴⁵), pero además por su entrega en alza a los ejercicios poéticos⁴⁶: las tres especialidades jurídicas de que está matriculado quedan *Sin examen* en las pruebas de junio, esto es con el alumno no presentado, y sólo en septiembre puede salvar el Derecho Civil Español II, de nuevo con un *Notable* dado por De Buen, y el Derecho Internacional Privado, con *Aprobado* de D. Adolfo Mom), mas suspendiendo en Procedimientos Judiciales, disciplina profesada por D. José Xiráu y Paláu⁴⁷. Afronta, pues, el final de carrera⁴⁸ con estos Procedimientos Judiciales pendientes, repasados en el último año académico, 1924-1925, con D. Adolfo Cuéllar, que le otorga su se-

³⁹ Vide Manuel J. PELÁEZ, “Montero Gutiérrez, Eloy”, *apud* id. (ed.-coord.), *Diccionario... cit.*, v. II, t. I, págs. 163-165.

⁴⁰ Vide Manuel J. PELÁEZ, “García Oviedo, Carlos”, *apud* id. (ed.-coord.), *Diccionario... cit.*, v. I, págs. 354-355.

⁴¹ Vide Manuel J. PELÁEZ, “Buen Lozano, Demófilo de”, *apud* id. (ed.-coord.), *Diccionario... cit.*, v. I, págs. 167-168; o Álvaro ESCAURIAZA, “Buen Lozano, Demófilo de”, *apud* Rafael Domingo (ed.), *Juristas universales. IV. Juristas del siglo XX*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pág. 742.

⁴² Vide José GARRIDO ARREDONDO, “Castejón Martínez de Arizala, Federico”, *apud* Peláez (ed.-coord.), *Diccionario... cit.*, v. I, págs. 225-226.

⁴³ CERNUDA, “Historial...” *cit.*, pág. 629 (cfr. nota 23).

⁴⁴ Vide la nota 53.

⁴⁵ Por aquel entonces, la Universidad de Cernuda estaba “ubicada en la calle Laraña, antigua calle de la Compañía, viejo caserón solemne. En el centro del patio principal, la estatua de Maese Rodrigo. [...] Se trata del lugar donde hoy se alza la Facultad de Bellas Artes de nueva construcción” (LA ROSA, *Luis... cit.*, pág. 112). Vide AGUILAR PIÑAL, *Historia... cit.*, págs. 177-182.

⁴⁶ Vide CERNUDA, “Historial...” *cit.*, pág. 626.

⁴⁷ Vide Manuel J. PELÁEZ, “Xirau Palau, Josep Ramon”, *apud* id. (ed.-coord.), *Diccionario... cit.*, v. II, t. II, págs. 143-144. Con él ya había coincidido en Murcia, en el *noviciado* universitario de ambos, CARANDE, *Personas... cit.*, págs. 107-108: “durante mi estancia recibía la facultad de derecho a José Xirau Palau, catedrático de procedimiento que, luego, vendría también a Sevilla”.

⁴⁸ Vide la nota 17.

gundo *Sobresaliente*, y asimismo el tercero, en Práctica Forense; D. Ricardo Checa explica Derecho Mercantil, que Cernuda salda con un cuarto *Notable*, completando curso y licenciatura en junio⁴⁹ “sin brillantez, pero discretamente, como cumpliendo una penosa obligación impuesta”⁵⁰...

II. La lucha por la vida

Una vez egresado de la Universidad, en una situación financiera nada amable, sabrá, a pesar de todo, llevar a la práctica aquellos puros ideales suyos, no sin titubeos y probaturas. De entrada, cree hallar la componenda entre las necesidades materiales y sus inclinaciones temperamentales en el seguro de la función pública, oposición mediante, sucesivamente las de diplomático y las de secretario de ayuntamiento⁵¹; y es el epistolario la sección de sus escritos que elucida esta encrucijada.

A la espera de ser licenciado también del ejército, prepara, desde que se ve con el título de jurista en la mano, un viaje a Madrid del cual confía en que salga el pretendido encauzamiento hacia la diplomacia. En agosto de 1925 escribe a su compañero de carrera José de Montes⁵²:

Estoy en el cuartel, con un puesto en la oficina; estoy todo lo mejor que se puede estar en un cuartel. Dime cómo sigue lo de tu marcha a Madrid; en cuanto a la mía, si no hay contratiempo, parece asunto decidido⁵³.

⁴⁹ La información académica la tomo de LÓPEZ ESTRADA, “Estudios...” cit., pág. 3, quien la recaba directamente del archivo universitario.

⁵⁰ LA ROSA, *Luis...* cit., pág. 21.

⁵¹ DELGADO, *La poética...* cit., pág. 28, lo tiene expresado con desazonadora disyuntiva: “Licenciado en Derecho, no sabe qué camino seguir: a la par le solicitan la creación poética y la necesidad de una regularidad económica. Viendo que le es imposible acceder a la carrera diplomática, que según parece sería su gusto, opta por inclinarse a preparar oposiciones de secretario de ayuntamiento”.

⁵² MONTES, “Texto...” cit., págs. 49-50: “conocí a Cernuda en el curso 1919-20. Fué el año que estudiábamos el preparatorio de Derecho. Ese curso le conocí simplemente a través de las relaciones de compañero. Mi amistad con él nació en el curso siguiente, en el del año 1920-21, y duró hasta que se marchó a Madrid, y aun después en correspondencia desde la Capital, desde Touluces [*sic*], en donde estuvo de Lector de Español, y en los viajes que yo hice a Madrid hasta la Guerra y los que él hizo a Sevilla al frente de las Misiones Pedagógicas. Después de la Guerra no volví a tener contacto personal”.

⁵³ LUIS CERNUDA, *Epistolario (1924-1963)*, ed. James Valender, Residencia de Estudiantes, Madrid, 2003, págs. 13 (c. 15, 15-VIII-1925). Hay rastro epistólico en Cernuda de la bienandanza opositora de este compañero Montes, tan disímil la suerte de ambos a dos: véase *ibid.*, pág. 32 (c. 45, 15-VIII-1926), pág. 39 (c. 56, 2-XII-1926) y pág. 42 (c. 59, 20-XII-1926), comenzando con el envío por Cernuda al amigo de un *Boletín Oficial* “[...] con la convocatoria de oposiciones a Secretario de Ayuntamiento, a las que José de Montes se presentará en diciembre de ese mismo año 1926” (LA ROSA, *Luis...* cit., pág. 85), superándolas (*ibid.*, pág. 82; vide mi nota 70).

Por fin, en los albores de 1926 se desplaza en efecto a la corte, desde donde vuelve a poner unas letras al mismo discípulo:

Mi querido Montes: al fin estoy en Madrid aunque sea por poco tiempo, pues no me puedo examinar. Desde luego sería útil para mi preparación –aparte de otra utilidad de orden literario– quedarme para asistir al Instituto Consular como oyente; pero esto no le agrada a mi madre, ni yo por otro lado tengo gran empeño en quedarme: con gran sentimiento mío descubro a Sevilla, sin prejuicio, una vez ahí, de sentir nostalgia de ciudad⁵⁴.

No quede sin resalto esa apenas disimulada *otra utilidad de orden literario* que en su fuero interno prepondera a todas luces: no hay más que leer completas las dos misivas remitidas a Sevilla desde Madrid para advertir, por el espacio y entusiasmo que alcanza, lo que, a despecho de las perentoriedades crematísticas, interesaba íntimamente a Cernuda: tomar contacto con el medio cultural y artístico capitalino. Por lo demás, claro es que, sin poder desentenderse a su gusto de aquéllas, había procurado canalizarlas hacia algún objetivo o solución acorde con su espíritu ensoñador, todavía dentro de las posibilidades que una preparación jurídica parecía allanar: donde primero creyó encontrar su camino fue en ese sugestivo mundo de legaciones, consulados o embajadas... Ciertamente, en varias ocasiones refiere Cernuda su preferencia e inclinación por la vida nómada, viajera, que fue a fin de cuentas la que acabó viviendo –Francia, Escocia, Inglaterra, Estados Unidos, Méjico–, bien es verdad que rebajando el nivel de *aburguesamiento* con respecto al funcionariado diplomático: siempre sería un profesor eventualmente contratado...

⁵⁴ CERNUDA, *Epistolario... cit.*, págs. 16-17 (c. 21, 13-I-1926). En la misma circunstancia, el 17 de enero, remite a Higinio Capote Porrúa, otro camarada y concolega, esta noticia: “Mi querido Capote: como el asunto de mis exámenes no se ha resuelto favorablemente, debí salir hoy para Sevilla” (*ibid.*, pág. 18 [c. 22, 17-I-1926]). La mala estrella de Cernuda propició que cuando de algún modo iban a hacerse realidad por fin sus anhelos de trabajar para el cuerpo diplomático, siquiera dentro de la categoría del personal contratado, nuestra Guerra Civil cercenase de nuevo sus ilusiones: en sus cartas queda “[...] la noticia de mi marcha a París. A primeros de agosto iré allá como agregado de prensa en la embajada; por otra parte, *El Sol* me nombra corresponsal, con lo cual, aun cesando en la embajada, puedo vivir en Francia” (*ibid.*, pág. 197 [c. 252, 9-VII-1936]); junto a Concha de Albornoz (1900-1972), tenía que asistir al nuevo embajador en la capital francesa, padre de esta amiga, don Álvaro de Albornoz (*vide* María Ángeles LIÑÁN GARCÍA *et* Manuel J. PELÁEZ, “Albornoz Liminiana, Álvaro de”, *apud* Peláez [ed.-coord.], *Diccionario... cit.*, v. I, págs. 63-64). “No deja de ser curioso y trágico que sea ahora, a las puertas del desastre, cuando cumpla su deseo de estudiante. Siendo tan solo un joven había manifestado a sus pocos amigos el deseo de incorporarse al cuerpo diplomático” (AMAT, *Luis... cit.*, pág. 150), pero, tras pasar el verano en la capital del Sena, “las noticias que llegaban de España abortaron su incipiente carrera diplomática. En septiembre y junto al embajador y su hija, volvían a Madrid reintegrándose en la *España leal* (como decía la jerga republicana)” (*ibid.*, pág. 152). Con todo, repito que no podía haber tal carrera diplomática, ni aun incipiente: el puesto de agregado de prensa no era oficial, y mucho menos de categoría diplomática.

Desde niño me atraieron los viajes, y el espacio comenzó pronto a obsesionarme⁵⁵.

[...] Siempre padecí del sentimiento de hallarme aislado y que la vida estaba más allá de donde yo me encontrara; de ahí el afán constante de partir, de irme a otras tierras, afán nutrido desde la niñez por lecturas de viajes a comarcas remotas⁵⁶.

[...] Y sembrando así para la curiosidad adolescente la semilla, el germen de una dolencia terrible (terrible en el caso, que precisamente era el suyo, de quien, privado de fortuna, debiera afincar en un sitio y pasar allí la vida, ganando en un trabajo ingrato lo suficiente para llegar de un día al otro); la dolencia que consiste en un afán de ver mundo, de mirar cuanto se nos antoja necesario, o simplemente placentero, para formación o satisfacción de nuestro espíritu⁵⁷.

[...] Creo que es necesidad primera del poeta el reunir experiencia y conocimiento, y tanto mejor mientras que más variados sean. [...] En mi caso particular, el cambio repetido de lugar, de país, de circunstancias, con la adaptación necesaria a los mismos, y la diferencia que el cambio me traía, sirvió de estímulo, y de alimento, a la mutación⁵⁸.

No resulta extraño que este ensueño del *homo viator*, que esta apetencia viajera, por vivir y sentir “como corre la mente de quien muchas tierras anduvo / cuando salta de su corazón reflexivo al recuerdo, ‘aquí estuve y allí’ y en su mente hay muchísimas cosas”⁵⁹, no parece extraño, digo, que conforme el trasfondo de su querencia hacia el cuerpo diplomático. El estímulo se manifiesta común a muchos profesionales de esta carrera y como tal lo consignan algunos de quienes han abordado la autognosis memoriográfica, como Augusto Conte⁶⁰ (1823-1902), que también estudió en Sevilla, o Francisco Agramonte⁶¹ (1888-1966), entre otros.

Empero, no pudo cuajarle a Cernuda el efugio salvador y hubo de mesurar sus ambiciones, poniendo entonces miras en el secretariado municipal,

⁵⁵ CERNUDA, “Historial...” cit., pág. 633.

⁵⁶ CERNUDA, “Historial...” cit., pág. 659.

⁵⁷ CERNUDA, “Ocnos” cit., pág. 575.

⁵⁸ CERNUDA, “Historial...” cit., pág. 639.

⁵⁹ HOMERO, *Iliada*, trad. Fernando Gutiérrez, Planeta, Barcelona, 1991, pág. 274.

⁶⁰ Augusto CONTE, *Recuerdos de un diplomático*, Imprenta de Góngora y Álvarez, Madrid, 1901/1903, t. I, pág. 200: “[...] como ya se lo he confesado al lector, no le tenía la menor afición al ejercicio de la abogacía, y por otra parte me moría por ver mundo y visitar los países extranjeros”.

⁶¹ Francisco AGRAMONTE, *El frac a veces aprieta*, Ediciones del Viento, La Coruña, 2008, pág. 15, se pinta a sí propio “[...] nada propenso a tomar excesivamente en serio las vanidades de la Carrera, que en el fondo apenas representaba para él otra cosa que una manera honorable y cómoda de emigrar sin estridencias por algún tiempo”. Proyectos análogamente expresados albergó Juan GOYTISOLO, *Coto vedado*, Seix Barral, Barcelona, 1985, pág. 142.

una oposición respecto a la cual no sabemos si llegó a engañarse, pero que a nuestros ojos de cómodos espectadores de una existencia no se presenta ni mucho menos como el destino o escenario, no ya ideal, mas siquiera llevadero para el poeta, para este poeta precisamente. Ya que no acertados, tampoco pecaron de impetuosos sus cálculos, según se deja entender por la morosa deliberación, tras de mucho dar vueltas al incierto porvenir. Cercano el final de ese año 1926, en carta a su colega de estudios Higinio Capote (1904-1954), le informa de los nuevos proyectos:

Mi querido amigo: he pedido a Reus el programa de oposiciones a secretarios de Ayuntamiento, ya que no puedo hacer la carrera diplomática que tanto me gusta, ni la consular, que necesita estudiarse en Madrid para tener probabilidad de éxito. Cuando reciba dicho programa, pediré apuntes para preparar definitivamente esa oposición.

[...]

Siento verdaderamente lo que me dices de ti, ni siquiera puede servir que te diga: yo estoy igual, ya que esto sólo consolará a los imbéciles. Lo esencial para nosotros es convertirnos en funcionarios del Estado. Lo cual, a mí por lo menos, me hace bastante gracia⁶².

La dificultad con que tropezaba el bisoño licenciado para afrontar la presión consular era —él nos hace el apunte— de orden económico, por la presión de sostenerse en la capital de España durante el aprendizaje: al cabo, aquello mismo que lo acuciaba por tan peregrinos rumbos. Sólo una vez entrado el cabeza de familia, se había hecho cargo su viuda de la precariedad económica en que con sus tres hijos quedaba, y pondría sus expectativas de mejora en Luis, como único varón ya de la casa: era razonable adoptar las medidas precisas para el reajuste de la administración doméstica a la espera de que aquél pudiese hacer productiva cuanto antes la carrera en curso⁶³. Ahora, con el mercado laboral abierto para él, el muchacho desdeñaba la socorrida abo-

⁶² CERNUDA, *Epistolario...* cit., págs. 39-40 (c. 56, 2-XII-1926). Tales programa y temario del madrileño Instituto Editorial Reus forman parte de la biblioteca del poeta inventariada por su hermana (vide la nota 95). En la autobiografía del catedrático de Derecho político Adolfo POSADA, *Fragmentsos de mis memorias*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1983, págs. 271-273, puede leerse un subepígrafe acerca de esta casa editora. En valoración de SÁNCHEZ ROSILLO, *La fuerza...* cit., pág. 40, “hay que agradecer que las circunstancias impidieran a Cernuda embarcarse seriamente en tales oposiciones, porque, conociendo el carácter del poeta, poco o nada propenso a las diplomáticas maneras, no es difícil suponer que la empresa estaba de antemano condenada al fracaso”.

⁶³ En la exposición de VALENDER, “Cronología...” cit., págs. 114-115: “al morir el general Cernuda, parece que la viuda descubrió, para gran desconcierto suyo, que la economía familiar estaba al borde de la quiebra [...]. La madre evidentemente quería que su hijo, el único varón de la familia, practicara cuanto antes como abogado, y así contribuyera a la manutención familiar, cosa que no parecer haber interesado especialmente al joven poeta en ciernes”.

gacía, en tanto que su plan preferente, las más encumbradas miras diplomáticas, el camino hacia la embajada, esto ya lo tenía por cerrado desde la primera aproximación al terreno. Las palabras del embajador Agramonte, que ingresa en 1910, no pueden ser más expresivas: “[...] ahora, para entrar en la elegantísima carrera, sólo cuentan las recomendaciones. El tribunal no se fija mucho en la inteligencia o la prestancia del candidato, sino en sus blasones, su dinero o los valedores que aporta”⁶⁴. Tal fue, por supuesto, la vía que a él le valió el acceso al prestigioso cuerpo, y de parecidas experiencias dan fe, a mayor abundamiento, otros diplomáticos precedentes: así, el ático Juan Valera⁶⁵, el supra-

⁶⁴ No me resisto a copiar el muy plástico pasaje de AGRAMONTE, *El frac...* cit., págs. 12-14, que habla en tercera persona de sí propio: “[...] gracias a la amistad con sus compañeros de la Universidad José y Eduardo Ortega, pasa a servir de secretario privado *ad honorem* de su padre, don José Ortega Munilla, maestro de periodistas [...]. Una noche menos movida que otras, el jefe le habló afectuosamente para hacerle una proposición ventajosa. Se trataba del acta de Padrón, en Galicia, que en todas las legislaturas era de don José sin disputa. [...] El joven secretario sabía perfectamente que una simple carta con su nombre bastaría para que los electores le eligieran sin molestia ni gasto de ninguna especie. El acta era un pasaporte seguro para subir en su día a la Dirección General, la Subsecretaría, la cartera, tal vez, al fin..., pero ya era tarde. El interesado estaba curado de espanto y sabía cómo se cocinaba todo aquello. [...] ‘No, querido don José –le dijo sin pensarlo mucho–; es usted buenísimo conmigo y le agradezco en el alma el deseo de favorecerme en lo que a la mayoría de los jóvenes de mi generación haría felices; pero no sirvo, lo haría muy mal; me horripila entrar en ese mundo de encrucijada y zancadilla. Si quiere usted hacer algo por su fiel secretario de varios años, es muy fácil: recomiéndeme para el ingreso en la carrera diplomática. Si lo consigo, podré irme lejos de este ambiente, que ya me ahoga, y seré probablemente feliz. Ya sabe usted que ahora, para entrar en la elegantísima carrera, sólo cuentas las recomendaciones. El tribunal no se fija mucho en la inteligencia o la prestancia del candidato, sino en sus blasones, su dinero o los valedores que aporta. Sabe usted que hay que entrar como agregado sin sueldo y permanecer un mínimo de tres años en el extranjero haciendo buen papel y viviendo de su propia sustancia’. Don José accedió, se movió lo necesario y, no sin chalaneo y navajeo interno considerable, su recomendado salió con el número ocho de la promoción de diciembre de 1910”.

⁶⁵ Juan VALERA, “Noticia autobiográfica de don Juan Valera”, en *Boletín de la Real Academia Española*, t. I, c. II (IV-1914), pág. 133: “con mi título de abogado me vine a Madrid a buscar fortuna, sin saber a punto fijo lo que haría; asistí a las fiestas reales cuando el casamiento de la Reina y traté al duque de Rivas, paisano mío, poeta y amigo de mi padre. El Duque mostró que tendría gusto en llevarme consigo a Nápoles, donde era embajador de España, y don Xavier Istúriz me nombró agregado sin sueldo. Fui a Nápoles con el Duque, y allí olvidé bastante de lo poco que en la Universidad había aprendido. Pasé dos años y medio, haciendo el *joli coeur* con las damas, siempre en bailes, fiestas y tertulias [...]. Me vine a Madrid con licencia, y me vine tan atolondrado, que no hice aquí sino disparates y tonterías en un año que estuve. Ni siquiera fui a ver a mi jefe el Ministro de Estado. Iba al café del Príncipe, al Prado, a tertulias de trueno y apenas si leía, ni escribía, ni me ocupaba de nada serio. Mi familia, en tanto, viendo cuán costoso era yo y que para nada servía, ni para abogado, ni para periodista, ni para literato, determinó que no servía sino para diplomático, y que si yo no había de arruinarla, era menester que ya me diesen sueldo. En efecto, trabajaron mucho, buscaron empeños y cuando yo menos lo esperaba me encontré con el nombramiento de agregado con sueldo para Portugal”; era el año 1849.

citado Conte⁶⁶ o el zumbón Manuel del Palacio⁶⁷; pero también posteriores, como Máximo Cajal, ya –1959– bajo otra dictadura⁶⁸, cierto que de diverso signo e intensidad a la que se está viviendo ese 1926, aunque no menos proclive al nepotismo, al clientelismo y otros malos *ismos* por el estilo.

Reintegrándonos al caso Cernuda, lo encontramos en aquel estado y empeño en que se le dejó, frustrado al igual en las rebajadas aspiraciones consulares y decidido a seguir los pasos de su camarada José de Montes, triunfante en la dicha oposición a la Secretaría municipal⁶⁹; unos días después del último anuncio, reitera Cernuda a Capote:

Persisto en hacer oposición a secretario de ayuntamiento. Hoy he pedido los textos. En cuanto a Montes, ganó su plaza; hay pendiente cierta irregularidad cometida por un opositor, pero esto no afectará en nada su bien ganado nombramiento⁷⁰.

A pesar de la dilatada premeditación, de lo rotundo de los términos, poco se desvanece la impresión de que Cernuda no sabe realmente hacia dónde

⁶⁶ CONTE, *Recuerdos...* cit., t. I, págs. 199-200: “[...] vuelvo á mi propia biografía, refiriendo al benévolo lector que una vez constituido el Ministerio de González Bravo, en Diciembre del año 1843, conseguí yo también al fin lo que tanto deseaba, pues ingresé en la carrera diplomática. Varios fueron mis padrinos; pero lo debí principalmente á mis buenos amigos D. Salvador Bermúdez de Castro y D. Juan Comyn”, altos funcionarios del Estado y luego también embajadores ellos mismos. “Estos dos amigos, sabiendo cuáles eran mis deseos, tuvieron la bondad de presentarme y recomendarme á González Bravo, el cual me recibió con la más cortés benevolencia y me propuso, desde luego, el puesto de Agregado en Lisboa, que acepté con el mayor placer del mundo”. También con Luis González Bravo como dispensador de diplomáticas sinecuras, por igual vale la oferta gubernamental desoída con encomiable probidad por un José ZORRILLA, *Recuerdos del tiempo viejo*, Debate, Madrid, 2001, págs. 241-242 y 251-252; o la tentativa que rememora POSADA, *Fragmentos...* cit., pág. 142.

⁶⁷ Manuel del PALACIO, *Mi vida en prosa: crónica íntima*, Victoriano Suárez, Madrid, s. a. [1904], págs. 217-218, metido en 1868, a la vuelta de su deportación gubernamental y portorriqueña, a primer secretario y encargado de negocios en Italia por obra y gracia precisamente de Valera.

⁶⁸ Máximo CAJAL, *Sueños y pesadillas: memorias de un diplomático*, Tusquets, Barcelona, 2010, pág. 19: “a pesar de la presumible benevolencia del tribunal, los hijos de tres ex ministros de Franco no reunieron las calificaciones mínimas necesarias para ocupar alguna de las diez plazas en litigio. El titular del ramo no lo dudó un instante y, algo inaudito, en plenas oposiciones la convocatoria se amplió a veinte plazas. Los tres opositores aprobaron, por supuesto, aunque fuera raspando, pues ocuparon los últimos puestos de su hornada. Con ellos ingresaron siete afortunados más. Muchos otros se quedaron fuera y algunos, entre los más veteranos, tuvieron la osadía de recurrir. El recurso, naturalmente, fue desestimado”. Otras vitandas concesiones de las credenciales embajatorias obviando cualquier atisbo de proceso selectivo, v. gr., en Salvador de MADARIAGA, *Memorias (1921-1936): amanecer sin mediodía*, Espasa-Calpe, Madrid, 1977, págs. 245-248, en 1931; o Antonio GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, *Diálogos conmigo mismo*, Planeta, Barcelona, 1978, pág. 81, en 1962.

⁶⁹ Vide la nota 53.

⁷⁰ CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 42 (c. 59, 20-XII-1926).

quiere encaminar sus pasos, o –mejor– sí que lo sabe: hacia la poesía, pero se ve constreñido por el medio ambiente a atender otras consideraciones, otras prioridades, de acuerdo con el patrón burgués que le están transmitiendo la familia y la sociedad que de dos maneras lo contiene: se espesa ahí otro conflicto –uno más de los que con Cernuda se cebaron– entre *la realidad y el deseo*. El penúltimo día del año escribe a Juan Guerrero, secretario que fue de algunas de las más célebres publicaciones culturales de aquella hora, pero a la vez secretario del consistorio murciano⁷¹; a la sazón, quien García Lorca aclamara como *cónsul general de la poesía*⁷² estaba editando en la capital del Segura las primicias del poeta sevillano:

Pienso prepararme para hacer oposiciones a secretarios de ayuntamiento –de primera categoría–, ya que las circunstancias me impiden prepararme para cónsul, como yo deseaba. Quizá usted pueda proporcionarme algunos datos sobre la mayor o menor dificultad de los estudios, y de obtener puesto. ¿Son éstos en pueblos, casi exclusivamente?

⁷¹ “Desde 1925 a 1930, Juan Guerrero fue secretario del Ayuntamiento de Murcia” (Francisco ALEMÁN SAINZ, *Habitantes de Murcia*. Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1980, pág. 18), pero además “fue Juan Guerrero secretario de toda clase de entidades y comisiones, que le convirtieron en el prototipo de este cargo a muy variados y distintos niveles” (Francisco Javier Díez de Revenga, *Revistas murcianas relacionadas con la Generación del 27*, Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1980, pág. 61), “por eso Juan Guerrero –hombre para quien las apariencias eran puro disfraz– fue secretario de muchas actividades, entre ellas secretario del Ayuntamiento de Murcia, secretario del Ayuntamiento de Alicante, secretario de la revista *Índice*, singular secretario de Juan Ramón Jiménez –de cuya convivencia queda un libro con el rubro *Juan Ramón de viva voz–*, y en otras importantes secretarías andan *Verso y Prosa*, con Jorge Guillén, habitante de Murcia por aquellos años, como lo fue también Pedro Salinas. Sin olvidar la famosa página literaria de *La Verdad*, con José Ballester” (ALEMÁN SAINZ, *Habitantes...* cit., págs. 16-17); vide mi nota 104. En las memorias del profesor CARANDE, *Personas...* cit., pág. 107, que pasó por Murcia antes de arribar a Sevilla, conocemos asimismo una faceta más de este *secretario de la nueva poesía española*, la de profesor: “otro murciano, Juan Guerrero, se vio favorecido muy tarde con el nombramiento de profesor de economía y hacienda pública, después de haber ingresado yo” en aquella Universidad de reciente creación entonces (vide, p. ej., Diego SÁNCHEZ JARA, *Cómo y por qué nació la Universidad murciana*, Universidad de Murcia, Murcia, 1967, *in totum*).

⁷² Vide Federico GARCÍA LORCA, *Primer Romancero gitano*, ed. Christian de Paepe, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, pág. 255; más tarde, en carta al aludido, ID., *Epistolario completo*, ed. Andrew A. Anderson et Christopher Maurer, Cátedra, Madrid, 1997, pág. 552 (c. de 2ª quincena de III-1921), repite: “tú siempre el mejor, cónsul general de la poesía”. Dámaso ALONSO, “Recuerdo y homenaje a Juan Guerrero”, en *Obras completas, X: Verso y prosa literaria*, ed. Valentín García Yebra, Gredos, Madrid, 1993, pág. 687, “quisiera [...] decir, puntualizar, cuán exacta era esa definición y cuán cargada de profundo sentir, es decir, de sentido poético: intuición de aprietamundos, de poeta, de ser que tiene el don mágico de estrujar y condensar, en zumo de muy pocas palabras, mundos de significado”. También en Vicente ALEIXANDRE, “Los encuentros”, en *Obras completas*, Aguilar, Madrid, 1968, pág. 1184, tomamos con “[...] Juan Guerrero Ruiz, el fiel amigo de la poesía”.

No tengo prisa ninguna por conocer estos datos; cuando necesite escribirme para otra cosa puede entonces, si quiere, dárme los: así su carta no estará dedicada solamente a estas cosas para mí un tanto desagradables⁷³.

¿Se puede expresar más palmariamente la escasa implicación espiritual del opositor en sus propios planes? A fin de cuentas, lo que más le inquieta es poder caer en un pueblo⁷⁴, desterrado de todo núcleo literario, en alguna medida más o menos presente siempre en las capitales de provincia... No obstante, a la fuerza ahorcan y él se ve impelido a ponerse manos a la obra en los albores del que habría de ser simbólico año, 1927:

[...] Hace unos días recibí las contestaciones que pedí; y he empezado a estudiar –no necesitaré decirte que sin gran entusiasmo–. Salinas me propone una cosa que a mí me gusta mucho: estar algún tiempo trabajando en el Centro de Estudios Históricos; ya después, con su recomendación, obtendría un puesto de lector en una universidad extranjera. Pero, aun no siendo necesaria una larga estancia en Madrid, un puesto de lector no es cosa deseable a los ojos de una familia –no excepcional⁷⁵.

En verdad, ni a su amigo Capote, que tan bien le conocía, ni a nosotros era necesario hacer evidente esa falta de entusiasmo... Mas, con todo y con ello, ahí anda el opositor a vueltas con su temario, no tan tenaz como resignado. “Sin duda para tranquilizar a su madre, durante algún tiempo Cernuda estudió [...], pero con pocas ganas de presentarse a los exámenes correspondientes (y menos aún de aprobarlos)”⁷⁶: tal es la impresión de cuantos se acercan a su biografía. Llega así otro verano y en él, ganado por el desánimo, se excusa ante Guerrero, que aguarda originales suyos para *Verso y Prosa*:

[...] Para su boletín no puedo enviarle más cosas. Aunque mis estudios me dejan tiempo, no me dejan gusto para escribir⁷⁷.

Corre otro medio año y ha de confesar a su íntimo Capote que

⁷³ CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 45 (c. 62, 30-XII-1926).

⁷⁴ Y se pregunta LA ROSA, *Luis*... cit., pág. 22: “¿Cernuda diplomático? ¿Cernuda, secretario de Ayuntamiento en un pueblo más o menos perdido, o en el mejor de los casos, en una capital provinciana, asistiendo y padeciendo el espectáculo de una existencia inevitablemente burguesa? El ‘carácter como destino’ terminará imponiéndose finalmente”.

⁷⁵ CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 46 (c. 65, 24-I-1927). LA ROSA, *Luis*... cit., pág. 23, se detiene caviloso ante “[...] la situación inestable del propio Cernuda en 1927, todavía en su papel de hijo de familia que busca una salida profesional, un oficio digno para el futuro. ¿Cómo soportaría Cernuda, siempre tan distante, esa situación incómoda en una familia burguesa, presidida además por la figura de una madre viuda y enferma? ¿Cómo aceptaría la responsabilidad de ser el hombre de la casa este titubeante licenciado en Derecho, poeta, pendiente de un vago puesto de lector en una universidad extranjera?”

⁷⁶ VALENDER, “Cronología...” cit., pág. 115.

⁷⁷ CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 62 (c. 86, 8-VIII-1927).

Yo mantengo con menos brío el reto a las secretarías municipales. Por las mañanas prosigo acariciando con mis manos uno de esos celestes volúmenes de Reus. Pero creo que no estudio. ¿Dirán lo mismo los respetables miembros del tribunal?.. Es posible.

Procuraré, pues, evitarles tal satisfacción⁷⁸.

El muchacho, tras poco más de un año en el intento, se está sirviendo del hombro leal para sincerarse consigo mismo: se ve con menos brío, sí, tan poco que, por más que echa sus horas delante de los libros, cree que no estudia⁷⁹...

“En julio de 1928 murió mi madre (mi padre había muerto en 1920) y a comienzos de septiembre dejé Sevilla”⁸⁰: es ésta una decisión muy importante

⁷⁸ CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 77 (c. 104, 25-II-1928). Bien poco tiene esto que ver, por ejemplo, con la pintura del *cautiverio de opositor* que contemplamos en Joaquín CALVO-SOTELO, *Cinco historias de opositores y once historias más*, Espasa-Calpe, Madrid, 1981, pág. 35: “un opositor torturado, víctima de unos apuntes que olvidé en seguida, pero que, en cierto modo, no olvidaré jamás; de una disciplina, una autodisciplina de presidio mayor y una entrega absoluta e incondicional al objetivo que me había propuesto. [...] Persuadido de que la oposición es una trinchera dura de tomar, yo me preparé para su asalto con un cuidado casi científico. Me equipé, por dentro y por fuera, como un soldado que se dispone a la batalla [...]”.

⁷⁹ No obstante, su innegable fracaso no debió de descender en todo momento a las cotas que imagina SÁNCHEZ ROSILLO, *La fuerza*... cit., pág. 40: tras el malogro de la diplomacia, “poco después, y mucho más modestamente, decidió Luis dedicar sus esfuerzos a la preparación de unas oposiciones bastante más prosaicas, y tan ajenas a sus aptitudes como las de diplomático: ¡nada menos que las de Secretario de Ayuntamiento! El nuevo proyecto, que hoy no puede hacernos más que sonreír, amargó, sin embargo, no pocas horas de aquel período de la vida del poeta, el cual llegó incluso a adquirir los seis tomos en los que se albergaba el aburrido temario de dichas oposiciones. Hay que advertir inmediatamente, no obstante, para no agravar la memoria de Cernuda, que el hecho de haber adquirido los mencionados volúmenes no nos autoriza a pensar que el joven llegase siquiera a hojearlos en alguna ocasión. Aunque se lo propusiera seriamente más de una vez, Luis no podía dedicar su tiempo a semejantes ocupaciones. Los libros de estudio descansaban en los anaqueles de su pequeña biblioteca; el polvoriento reposo de los mismos no sería turbado nunca, dada la poco robusta voluntad del muchacho de llegar a ser funcionario público”; asimismo, AMAT, *Luis*... cit., pág. 71, elucubra igual: “durante unos meses, que yo sepa, no trabajó ni escribió, y a pesar de que la idea de opositar a secretarías municipales aún le bailaba por la cabeza, lo cierto es que no estudiaba. En su biografía se trata de un período vacío que terminó de forma brusca el 4 de julio”. En mi sentir, leyendo el correo de Cernuda a Capote, se le ve imponerse una disciplina, comprometerse a la porfía mnemónica, caer en el empeño, ya manos a la obra, ya opositor, pero no antes...; o sea que no trabaja ni escribe porque se aplica en la medida de sus fuerzas –lo cual es bien diferente del abandono inoperante– a preparar la oposición, llenando ésta un período que de otro modo quedaría vacío...

⁸⁰ CERNUDA, “Historial...” cit., pág. 632. Significa SÁNCHEZ ROSILLO, *La fuerza*... cit., pág. 44, que “aunque doña Amparo nunca logró entender a su hijo ni aprobó su aparente indolencia, su falta de interés a la hora de buscarse una ocupación ‘digna’ y bien remunerada, éste quedó muy afectado durante un tiempo por su muerte”.

en la evolución del hombre y del poeta, si es que de algún modo pudieran separarse ambas facetas. Ya nada le retiene allí, se ha confesado el descalabro opositor y entiende que su búsqueda debe discurrir en otra dirección; tras los meses indispensables para liquidar el haber sucesorio, se despide de Sevilla y, con escala en la poéticamente activa Málaga de Prados, Altolaquíer y *Litoral*⁸¹, “[...] se marcha a Madrid. Ya no volverá nunca a su ciudad nativa”⁸² (en realidad, sí que vuelve, fugazmente en 1934⁸³, pero ya apenas como un forastero). Lo que importa es que este encadenamiento del óbito materno y la salida de su lugar también marca su abandono de la oposición y de toda pretensión de hacer valer su habilitación jurídica en el mercado laboral⁸⁴. De este modo lo expresa a Guerrero y a algunos otros correspondientes:

[...] Yo seguramente me iré a Madrid. Los asuntos naturales en este caso me detendrán aquí. Pero una vez terminados dejaré Sevilla.

Puedo vivir ahora muy modestamente. Lo que usted me dice de Guillén respecto a entrar en *La Libertad* facilitaría algo mi situación. Y después ya vería.

Oposición por ahora no quiero. Por tanto, le ruego hable del asunto a Guillén. Yo no lo hago porque estoy física y moralmente destrozado⁸⁵.

No olvide –perdóneme: no le importe verme periodista. Eso será para mí algo transitorio. No soy periodista ni sirvo para ello. Pero quiero ganar algún dinero⁸⁶.

Por lo demás, mi situación material sigue tan inestable como siempre. Y mi horror a la oposición continúa también. ¿Cómo concilias ambas cosas?⁸⁷

[...] Tú debes saber bien que la oposición, el puesto oficial, es lo único que asegura, más o menos, económicamente. Yo también lo sé, pero no tengo ánimos, es decir, me conduzco como si no supiera aquella verdad⁸⁸.

⁸¹ Vide, v. gr., Julio NEIRA, *Manuel Altolaquíer, impresor y editor*, Residencia de Estudiantes, Madrid, 2008, págs. 57-182 y 536-539.

⁸² FLYS, “Introducción...” cit., pág. 27.

⁸³ A su labor dentro de las Misiones Pedagógicas debe CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 176 (c. 225, 18-VII-1934), este reencuentro: “llegué aquí desde Sevilla, donde pasé unos días después de seis años de ausencia”.

⁸⁴ “¿Quién era Luis Cernuda en aquel momento? A grandes rasgos y en lo más epidérmico, un licenciado que no ejercía. [...] Como en tantas otras situaciones de su vida, se encontraba en una situación paradójica: no quería opositar (la salida profesional por la que habían optado algunos de sus compañeros de la facultad), pero necesitaba un trabajo con una remuneración suficiente” (AMAT, *Luis...* cit., pág. 83).

⁸⁵ CERNUDA, *Epistolario...* cit., págs. 86-87 (c. 117, 7-VII-1928).

⁸⁶ CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 88 (c. 118, 15-VII-1928).

⁸⁷ CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 117 (c. 158, 7-V-1929).

⁸⁸ CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 129 (c. 172, 3-X-1929).

Estoy aburrido, sin esperanzas o con esperanzas insensatas, es lo mismo, y como único proyecto el de no hacer oposiciones en mi vida⁸⁹.

Tampoco el recurso al periodismo se le hace realidad⁹⁰, pero sí lo que depende de sí mismo: la *escapada* de Sevilla y de las oposiciones o de las exigencias de beneficiar su carrera de jurista, que una y otra cosa van eslabonadas. Al disiparse el conflicto familiar, el atormentado lírico andaluz expande su resentimiento al que ha sido escenario de su infancia y mocedad, la capital bética, la cual, dejada atrás aquella *nostalgia de ciudad* de su primera estancia madrileña⁹¹, siente ahora como un entorno hostil, deprimido y deprimente:

Recuerdo de los años pasados en Sevilla. Tiempo perdido, sensación de vacío, de tristeza –años que no fueron míos ni de nadie–⁹².

Se convierte así en *un andaluz desterrado en Castilla*⁹³ y allá, riberas del Guadalquivir, quedan los dilectos libros, los que han arropado sus estudios y, sobre todo, el despertar de su musa; con motivo añorará el poeta “[...] mi bi-

⁸⁹ CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 136 (c. 179, 27-I-1930).

⁹⁰ Con posterioridad, el poeta sevillano seguiría confiando en abrirse paso por esta vía del periodismo y pondría los ojos en distintas cabeceras: *El Norte de Castilla*, diario vallisoletano en el que su introductor tenía que haber sido asimismo Guillén (CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 122 [c. 163, 17-VII-1929]; pág. 123 [c. 164, 18-VII-1929]; pág. 125 [c. 166, 29-VII-1929]; pág. 126 [c. 167, 2-VIII-1929]), el *Heraldo de Madrid* (*ibid.*, pág. 159 [c. 204, 8-XII-1931]), *El Sol*, cuya corresponsalía parisina se le escapó con el estallido de la Guerra Civil (*ibid.*, pág. 197 [c. 252, 9-VII-1936]; y *vide* la nota 54).

⁹¹ Cfr. nota 54.

⁹² Luis CERNUDA, “[Anotaciones] (1931-1935)”, en *Prosa II* cit., pág. 754; ID., *Epistolario...* cit., pág. 94 (c. 127, 27-IX-1928): “creo que no me pesa abandonar Sevilla, la había agotado ya. Allí además no se está en el mundo –bueno o malo es el mundo y así se acepta– sino en Sevilla tan sólo. No hablemos de tantas cosas idas definitivamente; eso constituía para mí una vida que con gran pena, es verdad, veo cómo separan de esta misma persona que escribe. Separan... ¿Quién? El azar o el destino [...]. Yo me decidiría por el último”; ID., “Historial...” cit., pág. 632: “estaba harto de mi ciudad nativa, y aún hoy, pasados treinta años, no siento deseo de volver a ella”; “una constante de mi vida ha sido actuar por reacción contra el medio donde me hallaba. Eso me ayudó a escapar del peligro de lo provinciano, habiendo pasado la niñez y juventud primera en Sevilla, donde la gente pretendía vivir, no en una capital de provincia más o menos agradable, sino en el ombligo del mundo, con la consiguiente falta de curiosidad hacia el resto de él. Eso me ayudó luego a escapar a las modas y complacencias literarias habituales en el ambiente madrileño, no menos provinciano por ser el de la capital” (*ibid.*, pág. 659). No obstante, en la memoria de Rafael ALBERTI, *La arboleda perdida*, El País, Madrid, 2005, pág. 267, “poeta más ‘andaluz y universal’ –como quería Juan Ramón Jiménez– nunca lo hubo en Sevilla”.

⁹³ Luis CERNUDA, “Divagación sobre la Andalucía romántica”, en *Prosa II* cit., pág. 85. Y pronto, antes incluso de su exilio, será un desterrado de España: “estoy convencido de que España no es posible para mí. Nada tengo aquí. No he hecho un solo amigo. Gentes feas, miserables” (ID., *Epistolario...* cit., pág. 131 [c. 174, 4-XII-1929]).

biblioteca, que sin faltar a la verdad puedo llamar circulante”⁹⁴. De su acervo, decididamente vencido hacia la literatura de creación, sacó relación una de las dos hermanas Cernuda, Amparo. Pocos títulos jurídicos entraban allí: cierta *Biblioteca de oposiciones. Programa*, el *Programa de secretarios de Ayuntamientos* (seis tomos), las *Leyes civiles de España* (dos tomos), algún tomo de la *Revista de los Tribunales*, el *Estatuto Provincial*, el *Estatuto Municipal*, y un volumen de *Reglamentos*⁹⁵; y estos pocos bien se echa de ver que provienen en su mayoría del postrer intento de reconducción jurídica acometido por el poeta en cierne: las improbables oposiciones. Al parecer, esta biblioteca pasó, por disposición de su propietario, a manos del poeta y ganadero Fernando Villalón, el inspirado creador de los *Romances del 800*⁹⁶.

En Sevilla había publicado Cernuda su poemario de presentación, *Perfil del aire*, en la emblemática fecha de 1927⁹⁷. Madrid allana su inserción en la vida literaria, las relaciones con otros creadores y artistas, pero a la vez opone un escollo al libre desenvolvimiento de su musa: la inestabilidad financiera, con tanta energía que, a ratos, hasta torna a acordarse de aquellas viejas ilusiones alimenticias:

La ofensiva literaria como ves, no va mal. Pero quiero dinero, dinero⁹⁸.

[...] Ya que sólo una oposición o algo igualmente difícil podría solucionar este jeroglífico insoportable. Dinero y dinero⁹⁹.

En el otoño de 1928, fechas previas a su aventura franco-tolosana con el lectorado que le procurara Salinas, incluso le ronda la idea, a instancias del autor de *Seguro azar*, de hacerse con otra titulación universitaria más acorde con el temperamento que le ha sido dado:

⁹⁴ CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 139 (c. 182, 27-VII-1930). En la correspondencia cernudiana con sus paisanos más allegados puede rastrearse el éxodo de esta biblioteca juvenil: primero los guarda Villalón (*ibid.*, pág. 133 [c. 176, 23-XII-1929]), después los recoge Capote (*ibid.*, págs. 133-134 [c. 177, 28-XII-1929]), desea Cernuda llevarlos consigo a Madrid (*ibid.*, pág. 155 [c. 199, 11-X-1931]), pero, al cabo, encarga a Capote que los transfiera a su hermana Amparo, la segundogénita, que es quien saca la relación de todos ellos (*vide* la nota siguiente, 95); por supuesto, en el trasiego por éstas y otras manos que circunstancialmente tienen acceso a las cajas no podrá evitarse el extravío de ejemplares.

⁹⁵ CAPOTE NEBOT, *El período*... cit., págs. 151-160.

⁹⁶ En CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 87 (c. 117, 7-VII-1928), le leemos que, ante la inminente partida hacia Madrid, “[...] tendré que separarme de mis libros y papeles. Un equipaje ligerísimo es lo que puedo permitirme” y que “[...] dejo mis libros a Villalón. Pero mis cartas y papeles se los dejo a mi hermana” (*ibid.* [c. 118, 15-VII-1928]).

⁹⁷ “El volumen delgado, de sobria y cuidada impresión, llegó a las manos de su ilusionado progenitor en abril. ¿Quién opositaría siendo poeta? *Perfil del aire* era su presente y su futuro, sus ilusiones y el sentido de todo lo vivido hasta el momento” (AMAT, *Luis*... cit., pág. 63). *Vide* CERNUDA, “Historial...” cit., pág. 629.

⁹⁸ CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 130 (c. 172, 3-X-1929).

⁹⁹ CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 158 (c. 204, 8-XII-1931).

Tengo a la vista posibilidades distintas: hacer la carrera de letras, es lo que Salinas me indica. Ya veré¹⁰⁰.

[...] Pienso estudiar bastante: haré la carrera de Letras, y después no sé... Madariaga me escribió dándome amplias promesas; me indicó que estudiara inglés. Salinas –a quien debo lo de Toulouse– me indica la carrera de Letras¹⁰¹.

[...] Mis proyectos son varios: el más sensato es hacer la carrera de Letras –Salinas, a quien estoy en extremo agradecido, me aconseja eso–. Pero unas promesas de Madariaga y unas ofertas que me ha hecho una amiga [...] me seducen bastante. Mas es todo esto último inseguro aún¹⁰².

Hallamos en su epistolario a un Cernuda activo por sortear las dificultades económicas, llamando con dignidad y no sin pudor a cuantas puertas imagina que puedan franquearle el paso hacia una cierta bonanza presupuestaria: así recurre a las amistades más o menos acomodadas en la sociedad que tan impenetrable se le muestra: a Villalón¹⁰³, a Guerrero Ruiz¹⁰⁴, a Guillén¹⁰⁵, a Salinas¹⁰⁶, al librero que siempre suministró los títulos que desde Sevilla encargaba el lector adolescente... De momento, consigue colocarse en el establecimiento de este León Sánchez Cuesta, bibliopola de pro y concuñado, además, de Salinas¹⁰⁷; de suerte que, en contacto con las novedades editoria-

¹⁰⁰ CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 98 (c. 133, 31-X-1928).

¹⁰¹ CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 99 (c. 134, 2-XI-1928). Recuérdese que fue la capital del Mediodía francés su *salida primera al mundo*: “Salinas [...] trataba de que la universidad de Toulouse me aceptara como *lecteur d’espagnol* durante el curso próximo. Económicamente resultaba bien poca cosa, pero era una salida primera al mundo [...]” (ID., “Historial...” cit., pág. 633); poco tiempo adelante, pretenderá –entonces infructuosamente– nuevos lectorados el poeta: en Gotemburgo (ID., *Epistolario*... cit., pág. 134 [c. 177, 28-XII-1929]), en Bratislava y en Oxford (*ibid.*, págs. 140-141 [c. 184, 14-XI-1930]), éste con la gestión corroborada en Pedro SALINAS et Jorge GUILLÉN, *Correspondencia (1923-1951)*, ed. Andrés Soria Olmedo, Tusquets, Barcelona, 1992, pág. 116 (c. 37, 12-XI-1930).

¹⁰² CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 99 (c. 134, 2-XI-1928).

¹⁰³ CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 98 (c. 133, 31-X-1928).

¹⁰⁴ CERNUDA, *Epistolario*... cit., pág. 124 (c. 165, 25-VII-1929): “otra posibilidad de ganar dinero se me ofrece –escribo ‘otra’ de una manera estúpida pues no sé cuál será la anterior, esta posibilidad sería por medio de Juan Guerrero, nombrado ahora secretario de Campsa con un sueldo verdaderamente mítico. Si se confirma, como creo, se cambiará en u personaje madrileño. Todo el mundo adquiere posiciones, y yo mientras devoro o satisfago poco a poco, muy poco a poco, mis deseos”.

¹⁰⁵ Vide las notas 85 y 90.

¹⁰⁶ Vide las notas 75 y 101.

¹⁰⁷ Por AMAT, *Luis*... cit., págs. 56-57, averiguamos que “la casa de León Sánchez Cuesta no era una librería más: para conocer los derroteros que seguían las letras europeas se tenía que pasear la mirada por sus estantes o sus catálogos. Esta librería recibía encargos de toda España (el propio Cernuda había comprado libros franceses por encargo desde Sevilla), distribuía revistas, vendía libros de importación y poemarios de tirada limitada...” (y no sólo literatura gala es la que menudea por la correspondencia comercial entre el joven sevillano y el librero: consúltese *ibid.*, pág. 7 [c. 5, 7-V-1925], como primera muestra conservada, hasta *ibid.*, pág. 88 [c. 119, 28-VII-1928], más luego los varios pedidos desde Toulouse (v. gr., el primero, *ibid.*, pág. 104 [c. 142, 23-XI-1928]; el último, *ibid.*, pág. 116 [c. 157, 25-IV-1929]).

les y por fin con unos ingresos estables a su disposición, irá introduciéndose poco a poco en la vida social y literaria de la capital:

Entre tanto había hallado un trabajo que, a cambio de la ocupación entera de mi jornada, me dejaba dinero bastante para pasar de un día al otro, lo cual sería casi siempre mi situación económica, aunque luego, afortunadamente, con bastantes menos horas de trabajo y éste de índole más llevadera¹⁰⁸.

Sigo con la librería. Tiene la ventaja de hacerme ir de un sitio a otro durante el día, y así no me devoro a mí mismo una y otra vez a lo largo de las horas. Con alguna vaga esperanza en perspectiva la felicidad es mía¹⁰⁹.

Por una serie de circunstancias agradables me encuentro bien en Madrid; con algún dinero más y menos tiempo de trabajo estaría satisfecho (no, no es eso lo que quiero decir, pero no encuentro otra palabra). Y en realidad puedo decir que lo estoy por ahora¹¹⁰.

Sin lograr nunca despreocuparse del apremio pecuniario, cuando cambia de empleo, por consiguiente, lo hace buscando tiempo, cuya disponibilidad condiciona el fluido manar de su poesía.

[...] Y por otra parte he abandonado a León Sánchez Cuesta para caer en brazos de las recién nacidas Misiones Pedagógicas: tres horas de trabajo nada más, y trabajo simpático además¹¹¹.

Ahora bien, en todo caso y a despecho de su capacitación rechaza cualquier *salida* de jurista, resuelto en última instancia a no claudicar más —ya lo hizo a la hora de abrazar carrera, de pasar por opositor—, a no rendir la vocación íntimamente sentida.

Así, frente a la turbamulta que se precipita a recoger los dones del mundo, ventajas, fortuna, posición, me quedé siempre a un lado, no para esperar [...] a que acabaran, porque sé que nunca acaban o, si acaban, que nada dejan, sino por respeto a la dignidad del hombre y por necesidad de mantenerla¹¹².

¹⁰⁸ CERNUDA, “Historial...” cit., pág. 637. En su momento, había contado por carta: “hace unos meses que estoy en casa de León Sánchez. Son nueve horas y poco dinero” (ID., *Epistolario...* cit., pág. 137 (c. 181, 16-VI-1930).

¹⁰⁹ CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 139 (c. 183, 21-VIII-1930).

¹¹⁰ CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 144 (c. 188, 2-I-1931).

¹¹¹ CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 158 (c. 204, 8-XII-1931). “De finales de 1931 hasta principios de 1936, gracias a las Misiones, tuvo un sueldo fijo a cambio de una dedicación horaria breve; esto repercutió positivamente en su producción literaria” (AMAT, *Luis...* cit., pág. 124).

¹¹² CERNUDA, “Historial...” cit., págs. 660-661.

“Poeta fatal, obligado por su ‘demonio’ interior al cumplimiento de una vocación y a la fidelidad a sí mismo”¹¹³: así ha visto Vicente Gaos al poeta de *La realidad y el deseo*, quien pronto iba a comenzar su colaboración con universidades extranjeras –siempre en el campo de la literatura–, al cabo su *modus vivendi* tras el abandono definitivo de España, exiliado en 1938¹¹⁴. Si, ciertamente, “ya no volverá nunca a su ciudad nativa”¹¹⁵ ni aun siente “[...] deseo de volver a ella”¹¹⁶, cabe concluir, a la vista de la peripecia vital de Cernuda, que tampoco volvería a ocuparse más de las disciplinas jurídicas ni, por supuesto, a sentir deseo de volver a ellas, irremisiblemente arrumbadas *donde habite el olvido...*

Sin embargo, una actuación postrimera le descubrimos todavía en la condición de jurista... En los meses estivales de 1929 solicita un favor burocrático a su buen amigo Higinio Capote, que sigue residiendo en Sevilla:

[...] Lo que necesito es mi cédula, pero en calidad de transeúnte en Sevilla, con domicilio en Madrid, Fuencarral, 141. Claro que tal vez aquí pudiera obtenerla, pero temo demasiadas complicaciones en esa cuestión de profesión y como resultado en el precio¹¹⁷.

Y unos días después, a propósito de ciertas aclaraciones solicitadas por el oficioso factor, es cuando realiza, cargada de carientismo, su afirmación de jurista, acaso conclusiva de una primera etapa de su vida que él no ha podido dirigir:

Mi querido Higinio: no pensaría en sacar mi cédula si no soñara vagamente la posibilidad de un pasaporte para cualquier parte. Por eso quería señalar el domicilio en Madrid. Mas en fin, la dirección de mi hermana es Escoberos, I, 5º. Dirección que te doy con algún temor pues no sé cómo llevará mi hermana esa intromisión titular en su casa. En definitiva, tú da esa dirección para obtener tan sagrado documento. Profesión pongamos abogado. Edad 25 –¿Alguna sonrisita irónica?¹¹⁸

¹¹³ Vicente GAOS, *Claves de literatura española*, Guadarrama, Madrid, 1971, t. II, pág. 244.

¹¹⁴ “Y sin volver los ojos ni presentir el futuro, saliste al mundo extraño desde tu tierra en secreto ya extraña” (CERNUDA, “Ocnos” cit., pág. 592). Vide Guillermo de TORRE, *Tríptico del sacrificio*, Losada, Buenos Aires, 1960, págs. 127-133.

¹¹⁵ FLYS, “Introducción...” cit., pág. 27.

¹¹⁶ CERNUDA, “Historial...” cit., pág. 632.

¹¹⁷ CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 122 (c. 163, 17-VII-1929).

¹¹⁸ CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 124 (c. 165, 25-VII-1929). *Ibid.*, pág. 126 (c. 168, 3-VIII-1929), escribe al solícito Capote “[...] para agradecerte la solución a ese asunto de la cédula”.

Ironía la hay en ese quitarse un par de años¹¹⁹, también sin duda en esta profesión para la que nunca se sintió llamado y que al fin había tenido el coraje de quitarse también de encima... Cuando Gerardo Diego, con su proyecto de antología generacional entre manos, solicite de los poetas electos o selectos unas referencias biográficas para situar su producción, un mortificado Cernuda responderá –y así hubo de pasar al florilegio dieguiano¹²⁰–:

No valía la pena de ir olvidando poco a poco la realidad para que ahora fuese a recordarla, y ante qué gentes. La detesto como detesto todo lo que a ella pertenece, mis amigos, mi familia, mi país¹²¹.

No cabe mayor hastío del pasado. Circunscritos a uno solo de los aspectos de ese repudiado ayer, contemplamos la historia de una elección al redopelo, de espaldas a la vocación y a las aptitudes del escolar. Con toda evidencia, los actores del drama no habían hecho lectura del doctor Huarte de San Juan ni el *examen de ingenios* por él propugnado: “porque, considerando cuán corto y limitado es el ingenio del hombre para una cosa y no más, [...] y, porque no errase en elegir la que a su natural estaba mejor, había de haber diputados en la república, hombres de gran prudencia y saber, que en la tierna edad descubriesen a cada uno su ingenio, haciéndole estudiar por fuerza la ciencia que le convenía, y no dejarlo a su elección”¹²², siempre sobre la base *científica* de “[...] que a cada diferencia de ingenio le corresponde, en eminencia, sola una ciencia y no más; de tal condición, que, si no aciertas a elegir la que responde a tu habilidad natural, ternás de las otras gran remisión, aunque trabajes días y noches”¹²³. Desde el mismo frontispicio Huarte hará

¹¹⁹ Otra vez se le sorprende quitándose edad, p. ej., en CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 150 (c. 192, 4-III-1931), cuatro años ya de menos.

¹²⁰ Las variaciones con respecto al original epistólico son mínimas, si bien el editor Diego le antepuso, de su cosecha, que “se licenció en Derecho, pero no ha ejercido la carrera de abogado” (vide VV. AA., *Poesía española. Antología 1915-1931*, selec. Gerardo Diego, Signo, Madrid, 1932, pág. 423). Léase la carta de Diego a Guillén en Pedro SALINAS, Gerardo DIEGO et Jorge GUILLÉN, *Correspondencia (1920-1983)*, ed. José Luis Bernal Salgado, Pre-Textos, Valencia, 1996, págs. 128-129 (c. de 20-XII-1930). En torno a las disputas suscitadas por la pretensión de que los propios autores le proporcionaran noticia de sus respectivas vidas, consúltese Gabrielle MORELLI, *Historia y recepción de la “Antología poética” de Gerardo Diego*, Pre-Textos, Valencia, 1997, *passim*. Con ceñimiento al caso Cernuda, léase *ibid.*, págs. 200-201, o váyase a Carlos MORLA LYNCH, *En España con Federico García Lorca (Páginas de un diario íntimo, 1928-1936)*, Renacimiento, s. l., 2008, págs. 210 y 232-235; y, pues el conflicto se prolongó en la segunda edición, a SALINAS, DIEGO et GUILLÉN, *Correspondencia...* cit., pág. 167 (c. de 15-III-1934); y a SALINAS et GUILLÉN, *Correspondencia...* cit., págs. 159-160 (c. 52, 17-III-1934).

¹²¹ CERNUDA, *Epistolario...* cit., pág. 151 (c. 192, 4-III-1931).

¹²² Juan HUARTE DE SAN JUAN, *Examen de ingenios*, ed. Guillermo Serés, Cátedra, Madrid, 1989, págs. 149-151; y reincide sobre el arbitrio del examen en pro de la república a lo largo de todo el libro: págs. 222-224, 230, 247, 477, 489...

¹²³ HUARTE DE SAN JUAN, *Examen...* cit., págs. 159-160.

del *examen* la causa y el objeto de su empeño intelectual¹²⁴: no es suya la originalidad de la idea, pero sí su andamiaje especulativo, el metódico desarrollo y la acabada presentación; las divergencias del navarro respecto a otros autores parangonables no serán quizás de enfoque, mas su cimentación teórica está marcando las distancias en todo momento. De manera expresa, tiene el *Examen* un capítulo “Donde se prueba que la teórica de las leyes pertenece a la memoria; y el abogar y juzgar, que es su práctica, al entendimiento; y el gobernar una república, a la imaginación”¹²⁵; pero asimismo, si bien con consideración dispersa, una serie de observaciones —una tesis— sobre la entidad de la poesía y del poeta¹²⁶. Tan benéfica higiene académica, dicho examen, estaba ya enunciada —sirva la muestra— en el obispo Rodrigo de Zamora¹²⁷, el maestro de cánones Juan Alfonso de Benavente¹²⁸, el canónigo Alonso Ortiz¹²⁹, el conspicuo Nebrija¹³⁰ o el impar Juan Luis Vives¹³¹; y, junto

¹²⁴ “Por no hacer hoy día esta diligencia, han destruido la cristiana religión los que no tenían ingenio para teología, y echan a perder la salud de los hombres los que son inhábiles para medicina, y la jurispericia no tiene la perfección que pudiera por no saber a qué potencia racional pertenece el uso y buena interpretación de las leyes” (HUARTE DE SAN JUAN, *Examen...* cit., págs. 152-153).

¹²⁵ HUARTE DE SAN JUAN, *Examen...* cit., págs. 466-492, correspondiendo al capítulo XIII de la edición corregida y aumentada de 1594, antiguo XI en la *princeps* de 1575.

¹²⁶ HUARTE DE SAN JUAN, *Examen...* cit., págs. 202-203, 306-308, 312-314, 394-396.

¹²⁷ Rodrigo [SÁNCHEZ DE ARÉVALO], “Del arte, disciplina y modo de criar e instruir a los hijos en su niñez y juventud”, ed.-trad. A. Romero Marín, en *Anales de la Asociación Española para el Progreso de las Ciencias*, t. III, n.º 3-4 (1939), págs. 564-584, obra de 1450 que corre vertebrada por una idea central: “Que los jóvenes deben dedicarse a lo que esté de acuerdo con sus naturales disposiciones” (cap. IX, págs. 576-579).

¹²⁸ El canonista Juan Alfonso de BENAVENTE, *Ars et doctrina studendi et docendi*, ed. Bernardo Alonso Rodríguez, Universidad Pontificia, Salamanca, 1972, pág. 46, dedica su opúsculo de 1453 a los jóvenes alumnos haciendo gravitar su desarrollo sobre los presupuestos psicológicos de la elección de especialidad de estudio, “quia quilibet ante omnia considerare debet naturam summa ut uideat an sit aptus ad scientiam addiscendam”.

¹²⁹ En las postrimerías del siglo XV el canónigo Alonso ORTIZ, *Diálogo sobre la educación del Príncipe Don Juan, hijo de los Reyes Católicos*, ed.-trad. Giovanni Maria Bertini, José Porrúa Turanzas, Madrid, 1983, págs. 167-169, trata “de cómo sea preciso escudriñar la índole de los jóvenes de manera que cada uno se dedique a aquella actividad hacia la cual su propia naturaleza le lleva”.

¹³⁰ Persuade Elio Antonio de NEBRIJA, *La educación de los hijos*, ed.-trad. León Esteban et Laureano Robles, Universidad de Valencia, Valencia, 1981, págs. 143-145, de “[...] que cada cual debe ser educado de modo que cultive sus propias cualidades y las fomente mediante el estudio, siendo ayudado según sus propias tendencias. [...] Y como todos no sobresalimos en todas las materias, dedíquese cada cual a aquello para lo que esté más capacitado”.

¹³¹ Juan Luis VIVES, “De las disciplinas”, en *Obras completas*, trad. Lorenzo Riber, Aguilar, Madrid, 1947-1948, t. II, pág. 558, no descuida animar a los padres, como más directos interesados, a escrutar en sus vástagos “si tienen las disposiciones convenientes para aquella rama del saber a que piensan dedicarlos” (y recorre el consiliario inferencias de varia condición, *ibid.*, págs. 556-569).

a Huarte, su cierto racionalizador, el *thopos* humanista es recogido, aunque ni mucho menos con el mismo despliegue sistemático, por otros componentes de ese emporio intelectual que fue la Baeza del siglo XVI¹³²; la controvertida Oliva Sabuco de Nantes¹³³ o Salcedo de Aguirre¹³⁴; y, a través de Feijoo¹³⁵, de Jovellanos¹³⁶, de Balmes¹³⁷, tendrá tan amplio eco posterior que va a llegar, verbigracia, hasta ese otro médico norteño que –sin autoexamen– se frustró en Baroja¹³⁸...

A despecho de la tan sostenida tradición del ingenio¹³⁹, no resulta insólito el episodio cernudiano ni menos *tradicional* la elección incoherente o acientífica de carrera u oficio. Sin dejar los estudios jurídicos ni la Universidad hispalense ni el recurso metodológico a fuentes memoriográficas, lo encontramos, por ejemplo, en el periodista José Laguillo (1870-1959)¹⁴⁰ o en un in-

¹³² Vide, v. gr., Manex GOYENECHÉ, “La Baja Navarra en la época de Huarte de San Juan y la Baeza del Siglo XVI”, en vv. AA., *Huarte de San Juan*, Escuela Universitaria de Formación de Profesorado de E. G. B. de Pamplona, Pamplona, 1989, págs. 59-63; y Ricardo SÁEZ, “Repercusiones de Huarte de San Juan y la Baeza del siglo XVI”, *ibid.*, págs. 81-95.

¹³³ Vide Oliva SABUCO DE NANTES Y BARRERA, *Nueva filosofía de la naturaleza del hombre*, ed. Atilano Martínez Tomé, Editora Nacional, Madrid, 1981, págs. 280-282.

¹³⁴ Vide Gaspar SALCEDO DE AGUIRRE, “Letra para un estudiante”, ed. Esteban Torre Serrano, en *Archivo hispalense*, t. LXVI, n.º 202 (1983), págs. 74-80.

¹³⁵ Vide Benito Gerónimo FEIJÓO Y MONTENEGRO, *Cartas eruditas y curiosas*, Real Compañía de Impresores y Libreros, Madrid, 1773-1777, t. III, c. 28ª, pág. 323; o ID., *Teatro crítico universal*, Real Compañía de Impresores y Libreros, Madrid, 1777-1779, t. VIII, d. 3º, pág. 35.

¹³⁶ Vide Gaspar Melchor de JOVELLANOS, “Memoria sobre la educación pública, ó sea tratado teórico-práctico de enseñanza, con aplicación á las escuelas y colegios de niños”, en *Obras*, D. F. de Mellado, Madrid, 1845-1846, t. II, pág. 693.

¹³⁷ Vide Jaime BALMES, *El criterio*, Ramón Sopena, Barcelona, 1981, págs. 12-13.

¹³⁸ Vide Pío BAROJA, *El tablado de Arlequín*, F. Sempere y Cía., Valencia, s. a., págs. 204-207.

¹³⁹ Vide José QUINTANA FERNÁNDEZ, “Los orígenes de la ‘tradición española del ingenio’”, en *Revista de Historia de la Psicología*, v. 22, n.º 3-4 (2001), págs. 505-515. De ahí, v. gr., hasta ID., “D. José de Letamendi y la ‘tradición española del ingenio’. Creación de ‘institutos de examen de ingenios’ y de ‘escuelas de genicultura’”, en *Revista de Historia de la Psicología*, v. 23, n.º 3-4 (2002), págs. 539-552.

¹⁴⁰ José LAGUILLO, *Memorias: veintisiete años en la dirección de “El Liberal” de Sevilla (1909-1936)*, ed. Alfonso Braojos Garrido, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pág. 109: “fue el curso 1888-1889, el que me matriculé en la Universidad para seguir preparatorio de Derecho”, mas “[...] aprobé los cursos a trompicones, echando el ancla de la veleidat a lo mejor de la carrera, pues cuando las asignaturas de Derecho las tenía casi vencidas, mudé de propósito y me declaré a mí mismo que no servía para las Leyes. Breve coqueteo con la Facultad de Letras, estudiando más por afición que por alcanzar la licenciatura, algo de Árabe y griego, y otro repudio, para permanecer mucho tiempo sin saber qué hacer ni en qué cosa útil ocuparme” (*ibid.*, pág. 114).

telectualmente superdotado Antonio Gala (1936-)¹⁴¹: con todo lo que separa estos tres casos –Laguillo, Cernuda, Gala–, una sola circunstancia, aunque relevantísima, los hace coincidir, y es la carencia, no ya de la vocación de *ser* jurista, sino hasta de la voluntad real de *hacerse* jurista que tan a menudo suple el defecto de aquélla. A Luis Cernuda no es la carrera, sino el *examen* de sus aptitudes lo que le resulta fallido –quien quiera que tomase la decisión¹⁴²–, aquélla no se le hace invencible: aplicado y cumplidor, estudia con el aprovechamiento preciso, mas se ve incapaz de proseguir la farsa encadenando su vida al duro banco de un trabajo para él enojoso.

Pero aún cabe acompañar nuevos ejemplos de desmentida *vocación* jurídica mucho más cercanos a este Luis Cernuda perplejo ante el encauzamiento de su vida por alguna de las vías profesionales que le abría la titulación exhibible, ajenas todas ellas a sus más intensas propensiones... Con una sucinta mirada sobre el desenvolvimiento universitario de aquellos otros miembros de la Generación del 27 que cursaron Derecho, se ampliará el campo de visión hasta completar acaso una interesante panorámica del fenómeno.

III. Los otros juristas de la Generación del 27

Pues se ha hablado de los *profesores poetas* del 27, ¿por qué no habría de poder hablarse de los *juristas poetas*? En la nómina de integrantes mayoritariamente aceptados en esta Generación lírica¹⁴³ se cuenta o es posible separar una

¹⁴¹ Antonio GALA, *Ahora hablaré de mí*, Planeta, Barcelona, 2000, pág. 233, se nos aparece “en Sevilla, en la facultad de Derecho”, “[...] con mis libros de derecho y mi carita pálida de niño que nadie creía que fuese ya universitario” (*ibid.*, pag. 188). De privilegiadas capacidades, no sólo cursa Derecho, también Filosofía y Letras: “yo tenía que estudiar, y estudiaba. En la universidad hispalense yo sacaba los cursos con matrículas de honor constantes, e igual sucedía en Madrid” (*ibid.*, pág. 162); y apostilla que “yo estudié, con sabios maestros, Ciencias Políticas y Económicas en Madrid” (*ibid.*, pág. 163). “Todavía, “[...] después de mi tercera licenciatura, ya con veinte años, le dije a mi padre que me gustaría estudiar medicina. / –No. Te conozco. Luego querrás estudiar arquitectura, o a la vez. / Tenía razón” (*ibid.*, pág. 93). En cuanto a su desempeño como jurista, más en grado de tentativa que de frustración, nos enteramos de que prepara los “[...] ejercicios de Abogado del Estado”, sin éxito, pero feliz por la resultancia (*ibid.*, pág. 151), así como “[...] las horrorosas oposiciones de Administrativo y Fiscal e Hipotecario, al reverso de cuyos apuntes seguía escribiendo poemas” (*ibid.*, pág. 154). En consecuencia, a la postre, “[...] elegí lo que no tenía más remedio que hacer: escribir y nada más” (*ibid.*, pág. 155).

¹⁴² *Vide* la nota 14.

¹⁴³ Verbigracia, el propio Cernuda, que la designa como *generación de 1925* (CERNUDA, “Estudios...” cit., págs. 181-239); SALINAS, “Nueve o diez poetas”, en *Ensayos...* cit., págs. 360-376; Dámaso ALONSO, ‘Una generación poética (1920-1936)’, en “Poetas españoles contemporáneos”, en *Obras completas, IV. Estudios y ensayos sobre literatura, 3: Ensayos sobre literatura contemporánea*, Gredos, Madrid, 1975, págs. 653-676; Jorge GUILLÉN, *Lenguaje y poesía*, Alianza, Madrid, 1972, págs. 181-197; GAOS, *Claves...* cit., págs. 215-251; o Luis Felipe VIVANCO, *Introducción a la poesía española contemporánea*, Guadarrama, Madrid, 1974, *in totum*.

mitad de ellos llegados a la joven poesía española con su licenciatura en Derecho bajo el brazo. Además de Luis Cernuda, formativamente son juristas Dámaso Alonso –doblemente licenciado, en Leyes y en Letras–, Federico García Lorca, Vicente Aleixandre –diplomado también en Comercio– y Manuel Altolaguirre; además, inició estudios de Leyes Pedro Salinas, *malogrado* como jurista ya en primera instancia, toda vez que no alcanzó siquiera el título académico como tal. Diseccionada la biografía estudiantil, la elección –ya que no vocación– jurídica de Cernuda, no han de quedar sin voz los demás, compulsando al menos –cuando sea factible– cómo vieron su respectivo caso y si, allende la renuncia a hacer valer su titulación, coinciden en algo con el poeta de *Los placeres prohibidos*.

III.1. Pedro Salinas

La crucial *Antología de la poesía española* que en 1932 preparara su ofi- ciente Gerardo Diego divulga de Pedro Salinas (1891-1951) que “estudió en las Facultades de Derecho y de Filosofía y Letras de la Universidad Central, y es doctor en Letras (1917) y catedrático de Lengua y Literatura española (1918)”¹⁴⁴. Del decano de la Generación no hay más que decir sino que dejó los bártulos –en pura etimología– y recondujo sus pasos académicos hacia las Letras, aunque no sin vacilaciones, como lo demuestra el hecho de matricularse en la sección de Historia, titulándose en ella, cuando luego sería a las claras la literatura su ocupación vocacionalmente sentida... El vate de los *Presagios* no ha recreado por escrito este proceso de tanteos y rectificaciones (quizá sí en la parte inédita de su carteo de noviazgo, todavía sin abandonar las aulas jurisprudenciales al ponerse en relaciones¹⁴⁵...); sin embargo, nos entera su hija, Solita Salinas, de que “al terminar el bachillerato en 1908, Salinas ingresó en la Facultad de Derecho por complacer a su madre. Dos años más tarde se matriculó también en la Facultad de Filosofía y Letras, en la sección de historia. Obtuvo la licenciatura en el año de 1913”¹⁴⁶. Y esto sí que lo contó el interesado, precisamente en misiva a su novia y futura esposa, Margarita Bonmatí; las expresiones salinianas, su exultación novel, dejan poco lugar a dudas respecto a que, tras dos cursos siguiéndola, no había persistido ni prosperado más en la licenciatura jurídica, que debió de excluir¹⁴⁷, como

¹⁴⁴ VV. AA., *Poesía...* cit., pág. 167.

¹⁴⁵ Solita SALINAS DE MARICHAL (ed.), “Notas” a Pedro Salinas, *Cartas de amor a Margarita, 1912-1915*, Alianza, Madrid, 1986, págs. 15: “en el año 1911, cuando conoce a Margarita, Salinas cursaba Filosofía y Letras y Derecho”.

¹⁴⁶ SALINAS DE MARICHAL, “Notas” cit., págs. 85-86.

¹⁴⁷ José María BARRERA LÓPEZ, *El azar impecable (Vida y obra de Pedro Salinas)*, Guadalmena, Sevilla, 1993, pág. 21: “en los dos cursos académicos, 1909-1910 y 1910-1911, se encuentra matriculado en la Facultad de Derecho, donde obtiene las notas de *Notable* en Derecho Político, Penal, Administrativo, Civil e Internacional. Si en esta ocasión Doña Soledad sintió una gran felicidad, hubo otras veces donde mostró su disgusto ante las ocupaciones de su hijo lejos de una carrera de leyes, que juzgaba como la licenciatura más práctica”.

ajena a sus inclinaciones, desde que optara por probarse en Letras: ésta en Historia será la primera y única de la que pueda blasonar, pero ha de bastarle, con el indeclinable doctorado¹⁴⁸, para el acceso a las cátedras de Literatura¹⁴⁹.

III.2. *Dámaso Alonso*

De Dámaso Alonso (1898-1990) destaca la *Antología* de Gerardo Diego que “obtiene los títulos de licenciado en Derecho y doctor en Letras”¹⁵⁰. Pero asistamos al relato del errante protagonista:

Desde 1914, al salir del colegio, leí más ampliamente, y también empecé a escribir poesía [...].

Tenía entonces la afición literaria y otra muy distinta: estaba estudiando matemáticas, con intención de lograr mi entrada en la Escuela de Ingenieros de Caminos. Pero tuve que dejarlo, porque, al ir a comenzar la primavera de 1916, se me formó una gravísima úlcera en el ojo derecho. Tuve que dejar de leer. A fines de la primavera empecé a mejorar.

[...]

No me atrevía yo a seguir preparándome para la ingeniería. También me equivoqué; me decidí a estudiar lo que poco me iba: Derecho. En parte fue porque no podía leer mucho: mis ojos estaban medianos. Me matriculé libre. Mi madre me leía gran parte de lo que tenía que estudiar. Me examiné en cuatro convocatorias de junio y septiembre de 1917 y 1918 (y de una asignatura en diciembre), y terminé la carrera (Licenciatura de Derecho).

[...]

Ese mismo año de 1918 mi pasión por la literatura me llevó a estudiar en la Facultad de Filosofía y Letras, sección de Letras. El año primero era el mismo que el primero de Derecho; lo tenía, por tanto, ya aprobado. Me matriculé oficialmente. Había que ir todos los días, por la mañana temprano, a la Facultad [...].

La licenciatura me duró hasta 1921¹⁵¹.

¹⁴⁸ BARRERA LÓPEZ, *El azar...* cit., pág. 22: “el 27 de enero de 1914 se firma su Certificación completa de asignaturas y el 5 de febrero de 1914 verifica en la Universidad de Madrid los ejercicios del grado de Licenciado (sección de Historia)”; “[...] después, hace constar su suficiencia en la Universidad Central de Madrid para el título de Doctor en Filosofía y Letras, sección Historia, con fecha 23 de julio de 1917. Su tesis doctoral versará sobre las ilustraciones de *El Quijote* a través de los siglos” (*ibid.*, pág. 30).

¹⁴⁹ Pedro SALINAS, *Cartas...* cit., pág. 109: “[...] acabó de llegar de la Universidad, sabes, de hacer mi examen de Licenciatura de Filosofía y Letras. Ya soy Licenciado en Filosofía y Letras: me han dado de nota sobresaliente. [...] Vida, este examen me ha alegrado más que los demás porque es definitivo: ya tengo mi título de licenciado, ya tengo aptitud para ejercitarlo”.

¹⁵⁰ VV. AA., *Poesía...* cit., pág. 217.

¹⁵¹ Dámaso ALONSO, “Vida y obra”, en *Antología de nuestro monstruoso mundo / Duda y amor sobre el Ser Supremo*, ed. del autor, coord. Margarita Smerdou Altolaquirre, Cátedra, Madrid, 1985, págs. 11-13. Repasa Dámaso SANTOS, “Sucedido y sucesivo Dámaso”, en VV. AA., *Dámaso Alonso, premio “Miguel de Cervantes” 1978*, Anthropos/Ministerio de Cultura,

“También me equivoqué”... Poco más cabe añadir a la introspección del artífice de *Hijos de la ira* o *La lengua poética de Góngora*, su recrecida tesis doctoral¹⁵², ya definitiva y zozosamente en el camino de la Filología.

III.3. *Vicente Aleixandre*

Como Cernuda¹⁵³, se negó Vicente Aleixandre (1898-1984) a facilitar al antólogo Diego los datos biográficos que éste necesitaba para exordiar el muestrario de sus poemas contenido en *Poesía española*. El conspicuo catedrático de instituto trasladó las respuestas epistolares de ambos poetas sevillanos, con algunas leves variantes, a su selecto volumen¹⁵⁴; he aquí el texto de la carta aleixandriana:

¿Tú crees que a alguien le importa realmente saber que yo vivo en Madrid desde la pubertad, que me hicieron hacerme abogado, que no ejerzo mi carrera (¿mía?) y que no hago más que vivir cuanto puedo y lo que puedo, escribiendo poesía porque es mi necesidad todavía? A nadie le importa [...]. Datos, datos. ¿Pero son estos datos mi vida? [...] Pero yo no puedo ponerme a contar lo que *yo no soy*; porque todo eso no soy yo, y en eso yo no me reconozco¹⁵⁵.

Puesto que sólo incidentalmente alude el poeta de Velintonia a sus estudios¹⁵⁶, habrán de ser sus biógrafos quienes nos participen que “tiene dieciséis años y aquel octubre [1914], superado el preparatorio, ingresará en la Facultad de Derecho. Va a iniciar también los estudios mercantiles. Precisamente la carrera de comercio se va a reorganizar y dignificar por un decreto de principios de 1915.

Barcelona, 1988, pág. 49: “no habrá ingeniero. La gripe –ese fantasma trágico que recorre España de punta a punta– le afecta, con la colaboración de un desacierto médico, a la vista, y se suspenden los preparativos. Será más fácil que su madre le lea hasta que se recobre, y nada más a propósito que las asignaturas de Derecho, que no hay que hacer elucidar [*sic*] cálculos ni trazar dibujos. / Puesto que podía licenciarse en Leyes en dos patadas, como hay cursos comunes, irá de lleno a Filosofía y Letras”. La incursión en la Ingeniería ofrece a su muy allegado ALEIXANDRE, “Los encuentros” cit., pág. 1198, la siguiente reflexión: “de su paso por la Matemática le quedaría su vocación de claridad mental y, posiblemente, la precisión en el ajuste de su pensamiento, al ponerse en acción”.

¹⁵² Vide Andrew DEBICKI, *Dámaso Alonso*, trad. Manuel Revuelta, Cátedra, Madrid, 1974, pág. 24.

¹⁵³ Vide la nota 121.

¹⁵⁴ VV. AA., *Poesía...* cit., pág. 401, para Aleixandre. Vide ALEIXANDRE, “Los encuentros” cit., págs. 1194-1197.

¹⁵⁵ Vicente ALEIXANDRE, *Correspondencia a la Generación del 27 (1928-1984)*, ed. Irma Emiliozzi, Castalia, Madrid, 2001, págs. 64-65 (c. 11, 14-III-1931).

¹⁵⁶ V. gr., ALEIXANDRE, “Los encuentros” cit., pág. 1167: “yo estaba en Madrid, en la calle de San Bernardo. Cuando se tienen dieciocho años, retrasarse en llegar a clase en la Universidad no importa demasiado” (*ibid.*, pág. 1163); o *ibid.*, pág. 1159: “allí, al lado de aquella escuelita de Comercio donde un muchacho cursaba estudios, había una librería de viejo” (*ibid.*, págs. 1369-1370).

Es un excelente alumno y el padre tiene reservada para él la realización de grandes proyectos”¹⁵⁷, así que, aplicadamente, “[...] prosigue sus estudios y termina, en 1919, la Licenciatura en Derecho. Cursa el doctorado en 1920, pero no llega a presentar la tesis. En cambio, obtiene sobresaliente en la Memoria para recibir el título de Intendente Mercantil: ‘Régimen de puertos francos’, es el tema. [...] Cirilo Aleixandre no cabe en sí de gozo. Su hijo es ya economista. Lo que no sabe, lo que no puede ni sospechar, lo que le dejaría de piedra, es que el flamante economista ha empezado a escribir versos. / Es un secreto que Vicente llevará sin revelar a nadie durante mucho tiempo”¹⁵⁸.

De los componentes del 27 que se licenciaron en Derecho es Aleixandre el único que llegó a encarrilar su vida profesional por área más o menos jurídica. El bisoño e inédito poeta ha completado su formación académica “y el mismo año en que termina sus estudios logra un puesto de profesor de Legislación Mercantil en la Escuela Central de Comercio. Aunque no le agrada la materia, la enseñanza no le disgusta, y abandona muy pronto este cargo para ocupar otro en los Ferrocarriles Andaluces. Más tarde colabora en una revista de temas económicos –*La semana financiera*–, para pasar después –siempre realizando un trabajo burocrático– a la Compañía de Caminos de Hierros del Norte de España”¹⁵⁹.

Pero el poeta *paradisíaco* está a punto de ser mordido por el dolor físico, un sufrimiento limitador para la vida de mundo, aunque providencial para su ingénita entraña poética, puesto que le trae la redención de aquellas servidumbres profesionales¹⁶⁰ con una prematura jubilación, con una convalecien-

¹⁵⁷ Leopoldo de LUIS, *Vida y obra de Vicente Aleixandre*, Espasa-Calpe, Madrid, 1978, pág. 80.

¹⁵⁸ LUIS, *Vida...* cit., pág. 91. Confiesa Vicente ALEIXANDRE, *Mis poemas mejores*, Gredos, Madrid, 1976, pág. 15, que “*Ámbito*, mi primer libro, fue compuesto entre 1924 y 1927. Desde cinco o seis años antes el aprendiz de poeta escribía silenciosamente versos, nunca publicados y hoy desaparecidos”.

¹⁵⁹ Antonio COLINAS, *Conocer Aleixandre y su obra*, Dopesa, Barcelona, 1977, págs. 30-31. En esta etapa “[...] su vida sufre una serie de forcejeos y tensiones destinados, creo yo, a dejar establecida su personalidad futura y, en consecuencia, su vocación”, como “[...] sus tan repetidos intentos de hallar un empleo al margen de la vocación literaria que ya despuntaba” (*ibid.*, pág. 29). “Hay, pues, ya una lucha evidente entre esos cargos que desempeña entre sus 21 y sus 27 años y esa labor creadora, primeriza, pero apasionante, que él lleva a cabo en el mayor de los secretos” (*ibid.*, pág. 31). Vide ALEIXANDRE, “Los encuentros” cit., pág. 1380, en torno a “[...] un cursillo sobre algo relacionado con mi flamante título de intendente mercantil. Sí, expliqué como pude, entrando en fuego con mis veintidós años, algo de lo poco que había aprendido sobre técnica y lenguaje comercial castellano”.

¹⁶⁰ Del desagrado con que llegó a mirar tales asuntos dice mucho su queja, en suma al insondable dolor filial, ante el papeleo que le aguardaba tras fallecer su progenitor: “estoy triste estos días pensando en mi vuelta a Madrid, aún lejana en cierto modo, pero ya amenazadora. Veo allí todavía habilitado, notario, Instituto de Moneda, etc. etc., cangilones de una noria a la que he de dar vuelta sin afición y sin gusto, prisionero de unas obligaciones de las que estoy deseando evadirme” (Vicente ALEIXANDRE, *Epistolario*, selec. José Luis Cano, Alianza, Madrid, 1986, pág. 30 [c. VII, 12- IX-1940]).

cia de por vida. Efectivamente, “[...] una grave enfermedad iba a cambiar el curso de su existencia. Quien iba para economista y profesor, quién sabe si para directivo de empresa, se vio convertido impensadamente en un poeta. Fue el año 1925, y la enfermedad –una tuberculosis renal que obligó, siete años más tarde, a la extirpación de un riñón– hubo de apartarle de toda actividad profesional y social. A los veintiséis años, Aleixandre se vio obligado a hacer reposo algunas horas al día, pero esta forzosa inactividad, que limitaba su impulso vital, iba a favorecer su destino de poeta, al permitirle consagrar muchas horas a la poesía y a la lectura, convirtiendo la necesidad y el placer de escribir en una costumbre cotidiana”¹⁶¹. He aquí el resumen de su trayectoria curricular: en cualquier caso, *datos, datos*. ¿Pero son estos datos su vida?

III.4. Federico García Lorca

A Lorca (1898-1936) el autor del *Manual de espumas* y *Alondra de verdad* lo presenta en su reputada *Antología* con estos timbres: “en la Universidad de Granada y en la de Madrid estudió Derecho y Filosofía y Letras. Es licenciado en Derecho (Granada)”¹⁶². En síntesis, su historia universitaria se cifra en la clásica decantación hacia la carrera lucrosa, con la atención en el medro social, lo que significa que García Lorca se vio impelido a realizar unos estudios superiores que quedaban fuera de todo interés personal: así fue a la hora de elegir carrera –en su caso, carreras: Derecho y Letras¹⁶³– y cuando, ya universitario, evidenciaba con las calificaciones su escasa implicación anímica en la empresa. “Los padres de Federico, empero, estaban empeñados en que tanto él como su hermano hicieran una carrera que les permitiera acceder a una profesión ‘útil’. En consecuencia, no le quedaba más remedio al Lorca adolescente que resignarse a ingresar en la Universidad de Granada, y ello por mucho que ansiara dedicarse exclusivamente a la música^[164]. Así pues, en octubre de 1914, antes de terminar del todo el bachillerato, se matriculó en el curso común que daba acceso a las facultades de Filosofía y Letras y de Derecho. En realidad, éstas eran las únicas opciones posibles que se le ofrecían, ya que las demás facultades –Medicina, Ciencias y Farmacia– eran impensa-

¹⁶¹ José Luis CANO, *Vicente Aleixandre*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1981, pág. 9.

¹⁶² VV. AA., *Poesía...* cit., pág. 297.

¹⁶³ “Con el final del Bachillerato se le plantea el problema de qué carrera empezar. Como buen lector que fue siempre, piensa en la posibilidad de hacer Filosofía, pero sus padres opinan que no es carrera para él; prefieren que haga Derecho, lo que le abriría el camino a una floreciente situación económica. En realidad, ninguna de las dos le apetece y opta por una solución ecléctica: matricularse a la vez en las dos carreras; la de Filosofía no la acabaría nunca” (Arturo MAGARIÑO, *Caminos abiertos por Federico García Lorca*, Hernando, Madrid, 1982, págs. 35-36).

¹⁶⁴ Compruébese, v. gr., en FRANCISCO GARCÍA LORCA, *Federico y su mundo*, ed. Mario Hernández, Alianza, Madrid, 1980, págs. 55-56, 158-159 y 423-430.

bles en vista de su temperamento y de sus aptitudes”¹⁶⁵. Los García Lorca, sin duda afectados por *la superstición de los títulos* que también padeciera el progenitor de Jacinto Benavente¹⁶⁶, porfiaron sobre Federico y éste hubo de condescender a brindarles siquiera una de las dos licenciaturas en curso. Primero pensó en contentarlos terminando Filosofía y Letras:

Poco a poco el topo doméstico del amor familiar ha ido minando mi corazón en mantillas convenciéndome de que debo, por deber y por educación, terminar mi naufragada carrera de Letras... ¿Qué te parece? Ya había pensado mi madre en que me tenía que marchar a Madrid en octubre y toda la familia estaba conforme, pero con una conformidad resignada, no alegre como yo deseo, a causa de estar mi padre dolorido de verme sin más carrera que mi *emoción ante las cosas*. Ayer me dijo: “Mira Federico, tú eres libre, vete donde quieras, porque yo estoy convencido de tu extraordinaria vocación por el arte, pero ¿por qué no me das gusto y vas haciendo como quieras tu carrera? ¿Te cuesta algún trabajo? Si en septiembre hicieras alguna asignatura, yo te dejaría marchar a Madrid con más alegría que si me hubieses hecho emperador”.

Ya ves, queridísimo, cómo mi padre tiene razón y, como ya está viejo y es gusto suyo el que me *adorne* con una carrera, ya mi decisión es irrevocable. ¡Voy a terminar! [...].

Yo lo que quiero es presentarle a mi padre en septiembre unas cuantas paletas para darle un alegrón y marcharme tranquilo a publicar mis libros¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Ian GIBSON, *Vida, pasión y muerte de Federico García Lorca*, Plaza & Janés, Barcelona, 1998, pág. 60. De entrada, “[...] se matriculó simultáneamente en las facultades de Derecho y de Filosofía y Letras. Se trataba de un procedimiento bastante corriente en la época, por dejar abiertas más posibilidades profesionales futuras. Y, como el trabajo tampoco era muy exigente, eran muchos los estudiantes que conseguían sin demasiados problemas las dos licenciaturas” (*ibid.*, pág. 64). “Y es curioso que siendo más idónea la segunda para sus aficiones literarias, sea la primera la que finalizó en 1923” (Aurora DÍAZ-PLAJA, *Federico García Lorca*, Hisma, Barcelona, 1977, pág. 24).

¹⁶⁶ Jacinto BENAVENTE, *Recuerdos y olvidos (Memorias)*, Aguilar, Madrid, 1959, pág. 119 (por igual, *ibid.*, págs. 420 o 426).

¹⁶⁷ Federico GARCÍA LORCA, *Epistolario...* cit., págs. 77-78 (c. de 27 [¿agosto 1920?]). Es contextualización de Francisco GARCÍA LORCA, *Federico...* cit., págs. 175-176, que “era una época en que los traslados por razón de estudios eran normales, si bien lo frecuente era que los estudiantes concurriesen a las instituciones locales. No era ni remotamente pensable que un sevillano viniese a Granada a estudiar, o viceversa. Tampoco se daba el caso de que una Facultad atrajese por su prestigio a estudiantes de comarcas alejadas. Lo que importaba en aquella sazón no eran los estudios, sino el título, y tan oficial era el de una Universidad como el de otra, así fuera ésta la más pintada. / Por lo tanto, la ida a Madrid no se planteó nunca en casa, ni antes de terminar Federico la carrera, como un viaje de estudios; era, pues, viaje literario, si bien muy vagamente. Estaba muy vivo en provincias el prestigio de Madrid como centro de actividades culturales. Era razón que así fuese. No hay para qué hablar, aparte lo ya reseñado, de la vida intelectual de provincias. Pero había también un cierto papanatismo provinciano: no se podía ser de veras escritor, ni pintor, ni poeta, si no se *triunfaba* en Madrid”.

Lo primero que hace es tantear qué asignaturas resultan más *fáciles de camelo* o en cuáles puede contar con recomendaciones¹⁶⁸. A pesar de ello y aunque a su familia informe de que “voy muy bien de mis estudios”¹⁶⁹ –eso sí, “ahora estudio (no para matarme) de una manera regular, como se debe estudiar; [...] pero en cambio leo desafortunadamente y sobre todo escribo”–, lo cierto es que a la larga acaba por pedir cuentas “mi familia, que está disgustada conmigo porque no he aprobado las asignaturas”¹⁷⁰. Es ante este fracaso de su primer intento de licenciarse a toda costa cuando debió de mudar el objetivo, persuadido acaso de la mayor asequibilidad de los aprobados precisos en Derecho; y no le fue mal el plan, pues al cabo de un año, ya con referencia a las disciplinas jurídicas, puede presumir de que

He aprobado *diez* asignaturas y terminaré la carrera en enero. Entonces mi señor papá me dejará correr tierras¹⁷¹.

Así sucedió, en efecto. Su hermano menor Francisco, que se haría abogado notable y diplomático por oposición, le ayudó en la tarea, junto a otras *ayudas* más valiosas y expeditivas, como decantadas sin rebozo hacia el enchufismo; el propio Francisco da abundosa noticia de todo esto con el completo panorama que ofrece del Lorca universitario en un libro definitivo para conocer tantos aspectos de su vida –y, por supuesto, el de su titulación como jurista–, *Federico y su mundo*¹⁷²: aunque cuatro años más pequeño, Paquito,

¹⁶⁸ Federico GARCÍA LORCA, *Epistolario...* cit., págs. 78-80 (c. de 27-¿VIII-1920?).

¹⁶⁹ Federico GARCÍA LORCA, *Epistolario...* cit., págs. 83-84 (c. de antes del 9-X-1920).

¹⁷⁰ Federico GARCÍA LORCA, *Epistolario...* cit., pág. 122 (c. de 2-VIII-1921).

¹⁷¹ Federico GARCÍA LORCA, *Epistolario...* cit., págs. 161-162 (c. de comienzos de X-1922).

¹⁷² Francisco GARCÍA LORCA, *Federico...* cit., págs. 89-102. El pasaje –algo más de un capítulo– que Francisco consagra a la época universitaria de su celeberrimo hermano –en buena parte coincidente con la propia– constituye una atestación cualificada sobremanera y un bien entretrejado relato de tanto a lo que el poeta apenas alude en las cartas aducidas, razón por la que no me resisto a copiar su trazo medular: partiendo de que, “aunque bien asistido por una excelente memoria, nunca, ni de muy chico, fue mi hermano un estudiante cumplido”, pues “era indisciplinado y mostraba escasísima inclinación al trabajo” (*ibid.*, pág. 66), “después de aprobar el año preparatorio, que era común a Letras y Derecho, Federico había intentado primero la carrera de Letras” (*ibid.*, pág. 90). “Las crecientes dificultades que encontró Federico en la Facultad de Letras, y la no muy grande presión de la familia, hicieron que fuese durante algunos años un estudiante nominal, y que probase fortuna luego en la Facultad de Derecho, en la que aprobó algunas asignaturas fáciles. Era aquel un momento de crisis en la Universidad [...]. Una serie de profesores caducos eran los titulares de las diversas materias, cuando éstas no eran regentadas por auxiliares poco atentos. Yo, cuatro años menor, asistía a la casi total renovación del personal universitario y a la elevación del tono académico, con profesores eminentes o eficazmente cumplidores en su mayoría. Con una Facultad de Derecho casi enteramente renovada tuvo que enfrentarse Federico cuando mi padre exigió de él que trabajase en la obtención de un título académico para seguir sufragando sus viajes a Madrid y sus largas estancias en la Residencia de Estudiantes, desde la cual Federico se puso en contacto con las nuevas generaciones literarias y artísticas. / Es lo cierto que mi hermano no interrumpió estos viajes y que mi padre costeó las ediciones de sus primeros li-

según le llamaba el poeta, llegó a actuar para éste como su *Virgilio* en el infierno de los exámenes finales¹⁷³. “Federico no quiso nunca abordar el tema de sus estudios” –nos dice aquí¹⁷⁴–, y hasta tal extremo que ya “[...] no volvería jamás a mencionar su carrera universitaria ni a abrir un libro de derecho”¹⁷⁵. Es así como se conduce en la *Nota autobiográfica* que pergeña hacia 1929 o 1930: ni rastro de la porfiada licenciatura¹⁷⁶; y, para pleno convencimiento de su olvido del Derecho, nada como comprobar que, cuando al *Poeta en Nueva York* se le pase –fugazmente– por la cabeza la ocurrencia de sentarla,

bros sin dejar de ejercer presión sobre su hijo para que se graduase en ‘algo’. La obtención de un título era para mi padre un prejuicio que compartían, creo, todos los padres de entonces. Quizá se añadía, en su caso, la actitud del labrador acomodado que quiere que sus hijos –y Federico era el mayor– tengan los títulos académicos que él no tuvo, ni tampoco sus propios hermanos, algunos naturalmente inclinados a las cosas del espíritu y más cultivados, de hecho, que cientos de licenciados. El título, en una sociedad entonces más cerrada que ahora, era vía de acceso a futuras posiciones. Nosotros teníamos que ser ‘hombres de carrera’. [...] Pero mi padre, que no era ciertamente un iluso, no esperaba que su hijo pudiese ser algún día titular de una profesión liberal. Y si tuvo esta ilusión alguna vez, Federico se encargó de desengañarlo” (*ibid.*, págs. 94-95). “Ya Federico había hecho sus primeras armas en el teatro y en la poesía y empezaba a ser conocido más allá de los límites comarcales cuando decidió acabar la carrera de Derecho” (*ibid.*, pág. 95).

¹⁷³ Francisco GARCÍA LORCA, *Federico...* cit., pág. 98: “Dios sabe con qué renuencia Federico se matriculó en la Universidad y con qué buena disposición se sometió a mi tutelaje en la tarea de preparar los exámenes. Era mi último año de carrera [1922-1923] y de algunas asignaturas nos examinamos al mismo tiempo”. Y no menor fue la ayuda prestada por Agustín Viñuales, el catedrático de Economía Política (*vide* Salvador PÉREZ MORENO *et* Manuel J. DELGADO MARTÍNEZ, “Viñuales Pardo, Agustín”, *apud* Peláez (ed.-coord.), *Diccionario...* cit., v. II, t. II, págs. 104-105), quien “[...] se dio cuenta de que Federico era un muchacho poeta de serie” (Francisco GARCÍA LORCA, *Federico...* cit., pág. 97) y “[...] decidió hacer del poeta un licenciado en Derecho. Federico, en su primera etapa de estudiante, había logrado aprobar, no sé cómo, algunas asignaturas, no de las menos arduas; los Civiles, por ejemplo. De todos modos, tenía media carrera pendiente. Don Agustín planteó el ‘caso Federico’ a la Facultad. Al notorio y joven poeta le exigía su familia la obtención de un título para facilitarle la profesión de su verdadera ‘carrera’: la literaria. La cultura del poeta era superior, con mucho, a la media estudiantil. La tradición humanística de nuestras Facultades de Derecho se inclinaba más a la formación cultural que profesional del estudiante. Federico era un caso excepcional y sería poco justo aplicarle criterios puramente académicos. La Universidad granadina encontraría con el tiempo, no ya la justificación de un trato de excepción, sino un motivo de orgullo”. Estos, creo yo, fueron los argumentos de don Agustín” (*ibid.*, pág. 98).

¹⁷⁴ Francisco GARCÍA LORCA, *Federico...* cit., pág. 102.

¹⁷⁵ GIBSON, *Vida...* cit., pág. 156.

¹⁷⁶ Federico GARCÍA LORCA, “Nota autobiográfica”, en *Obras completas*, recop. Arturo del Hoyo, Aguilar, Madrid, 1960, págs. 1656-1657.

¹⁷⁷ Federico GARCÍA LORCA, *Epistolario...* cit., págs. 366-367 (c. 2-IX-1926), en consulta a Guillén: “yo *he decidido* prepararme para unas oposiciones a cátedra de Literatura, pues creo que tengo vocación (lentamente va surgiendo en mí) y capacidad de entusiasmo [...]. / Yo estoy *decidido* y quiero decidirme más, pero no sé cómo se hacen las cosas. Desde luego tendré que darme grandes golpes en la cabeza para realizar esto, pero yo no como, ni bebo, ni entiendo más que en la Poesía. [...] Yo no tengo prisa, pero quiero hacer esto para justificar mi actitud (ya de-

de estabilizar su vida –*estar colocado*, dice él– y decida opositar, sólo pensará en unas oposiciones a cátedra de Literatura¹⁷⁷...

III.5. Manuel Altolaguirre

Es Manuel Altolaguirre (1905-1959) un miembro *menor* de la Generación del 27 o, en justicia, simplemente no tan famoso como sus compañeros en ella¹⁷⁸, aunque seguirá todavía siendo *menor* si atendemos a su condición de benjamín del grupo: había nacido en 1905. Tuvo, además de la poesía, pero muy entroncada con ella, otra pasión: la de tipógrafo y editor¹⁷⁹. En plano inferior de sus *reflexiones y recuerdos*, aparece él mismo “[...] durante el tiempo que hacía mis estudios universitarios de derecho”¹⁸⁰, con García Lorca como condiscípulo recordado bajo el magisterio del iuspolítico Fernando de los Ríos¹⁸¹. La nota biográfica que introduce su aporte a la *Antología* de Gerardo Diego es de propia mano y en ella declaraba sus estudios, pero puntualizando *ipso facto* que otro era su medio de ganarse –malamente– la vida:

Soy licenciado en Derecho. Como obrero, soy tipógrafo y el único impresor de mis libros y revistas, que hago en un pequeño taller que he instalado en mi cuarto y que me acompaña en mis viajes¹⁸².

finitiva) poética. / Por otra parte no tengo otra salida y siento mi voz pobre iluminada en las salas bajas de las otras gentes... y además... ¿está eso mal pensado?... ¿Es que yo no puedo hacerlo?"; "porque yo necesito *estar colocado*. Figúrate que quisiera casarme. ¿Podría hacerlo? No. Y esto es lo que quiero solucionar" (*ibid.*, pág. 369 [c. 9-IX-1926]).

¹⁷⁸ Vicente TUSÓN et Fernando LÁZARO, *Literatura española*, Anaya, Madrid, 1984, pág. 334: "¿poeta menor? Sólo la inmensa talla de otros miembros del grupo puede explicar que se le haya tenido como tal. Él mismo [...] se colocaba a la sombra de poetas mayores". De hecho, como constata James VALENDER (ed.), "Introducción" a Manuel Altolaguirre, *Epistolario (1925-1959)*, Residencia de Estudiantes, Madrid, 2005, pág. XLVII, "Manuel Altolaguirre es uno de los poetas menos estudiados de su generación".

¹⁷⁹ Vide José Luis BERNAL SALGADO, "Manuel Altolaguirre, impresor y editor de poesía", en Joaquín Roses (coord.-ed.), *Manuel Altolaguirre, el poeta impresor*, Diputación de Córdoba, Córdoba, 2005, págs. 81-100; o NEIRA, *Manuel...* cit., *in totum*.

¹⁸⁰ Manuel ALTOLAGUIRRE, "El caballo griego", en *Obras completas*, ed. James Valender, Istmo, Madrid, 1986, t. I, pág. 38.

¹⁸¹ ALTOLAGUIRRE, "Recuerdos de Federico García Lorca", en *Obras...* cit., págs. 280-282. Vide Manuel J. PELÁEZ, "Ríos Urruti, Fernando de los", *apud id.* (ed.-coord.), *Diccionario...* cit., v. II, t. I, págs. 392-396.

¹⁸² Manuel ALTOLAGUIRRE, "Vida", en vv. AA., *Poesía...* cit., pág. 447. A mayor abundamiento, *id.*, *Epistolario...* cit., pág. 39 (c. 14, 2-VIII-1926), ante la Caja de Recluta de Málaga declara: "oficio Estudiante"; y un año después, *ibid.*, pág. 85 (c. 20-VII-1927), "abogado". Peticionario en 1933 a la Junta de Ampliación de Estudios, que de resultas lo pensionó año y medio en Londres para seguir investigaciones filológicas, se presenta como "Licenciado en Derecho" (*ibid.*, pág. 258 [c. 255, 8-II-1933]). Con Falla se lamenta, al pretender un puesto de lector en Cambridge, de "[...] que no soy licenciado en Letras; soy abogado únicamente" (*ibid.*, pág. 277 [c. 274, 26-III-1934]).

Dice menos de lo que da a entender acerca de la propia elección de carrera –por una vez, a lo que parece, no enjaretada directamente por la familia–; acompañemos al poeta impresor en su decurso:

Aprobado que fui en mi examen de *Preceptiva literaria*, finalicé con éxito mi bachillerato y emprendí de modo tan vertiginoso la carrera de leyes que a los dos años me gradué como abogado en la Universidad de Granada, para lo cual tuve que ganar asignaturas durante los veranos, cosa que hice para estar pronto en condiciones de ayudar económicamente a mi madre, viuda con siete hijos, que mucho lo necesitaba. Siendo pues casi un niño, le escribí a don Francisco Bergamín la siguiente carta:

«Mi querido amigo y compañero: Habiendo finalizado mis estudios jurídicos y necesitando añadir a mis conocimientos teóricos la experiencia necesaria para el ejercicio de mi profesión, me permito recordarle su buena amistad con mi difunto padre (q. e. p. d.) para rogarle me acepte como pasante en su bufete, señalado servicio que le agradecerá siempre su affmo. amigo q. e. s. m.»¹⁸³

Él mismo revela y comenta el resultado de la gestión substanciada ante este Bergamín, catedrático, diputado, senador, ministro, abogado y padre del poeta fundador de *Cruz y Raya*:

Esta carta tuvo un éxito inesperado. A vuelta de correo recibí del señor Ministro contestación de su puño y letra concediéndome la plaza solicitada en su bufete. Y si la sorpresa fue grande para mí, aún produjo mayor impresión en mi madre que, llena de ilusiones, se apresuró a proporcionarme todo lo necesario para mi traslado a la Corte, viaje que realicé a los pocos días. [...] Todos se asombraban de que tan joven hubiera obtenido distinción tan extraordinaria, ya que para merecerla yo necesitaría por lo menos algunos años más. Sin embargo, a pesar de mis verdes conocimientos, don Francisco Bergamín me recibió con gran cordialidad e hizo todo lo posible para que yo adelantase en mi carrera. Aquel hombre tan inteligente sin duda adivinó mi incapacidad, pero tuvo buen cuidado de no desalentarme. Con su hijo Pepe me hacía trabajar en materias de derecho, a las que ninguno de los dos atendíamos. Otras eran ya nuestras aficiones. Andando el tiempo nuestro campo sería el de la literatura y en lugar de atender entonces a los litigios comentábamos lecturas recientes, conversaciones a las que debo mucho de mi formación literaria.

[...] Por lo anteriormente dicho se adivinará mi fracaso en la abogacía. En efecto, a los pocos meses tuve que regresarme a Málaga¹⁸⁴.

¹⁸³ ALTOLAGUIRRE, “El caballo...” cit., pág. 42 (la fecha de la esquela se aproxima en ID., *Epistolario...* cit., pág. 27 [c. 1, primavera de 1925]). Y vide Manuel J. PELÁEZ, “Bergamín García, Francisco”, *apud* id. (ed.-coord.), *Diccionario...* cit., v. I, pág. 147.

¹⁸⁴ ALTOLAGUIRRE, “El caballo...” cit., págs. 42-43. VALENDER, “Notas” a Altolaguirre, *Epistolario...* cit., pág. 28, amplía que “[...] se sabe que el 5 de mayo de 1925 Altolaguirre trasladó su expediente estudiantil a la Universidad de Madrid”.

Con todo, el malagueño parece aceptar su fracaso sólo en eso, en la abogacía, pero no globalmente en el Derecho y ensaya, sin sustraerse a idéntico desenlace, otras vías para salir adelante con su ejercicio: primero, opta por doctorarse¹⁸⁵; y más tarde da en las dos mismas ocurrencias que su íntimo amigo Cernuda, es decir, le tienta el puesto de secretario de ayuntamiento¹⁸⁶ y acusa idénticas veleidades diplomáticas: entre *licenciado* y *obrero*, insertaba Altolaguirre en el apunte epistolar que remitió a Diego un inciso que éste, seguramente al tanto de su sola función de *pretexto* para el viaje, suprimió al pasarlo a la *Antología*:

Soy Licenciado en Derecho y preparo en la Escuela de Altos Estudios Políticos de París mi ingreso en la carrera diplomática española¹⁸⁷.

El cantor de *Las islas invitadas* confiesa a Guillén lo que de auténtico hay en tales designios de última hora:

El pretexto de mi viaje es preparar las oposiciones al cuerpo diplomático, pero es posible que me engañe yo mismo y no haga nada práctico esta vez tampoco. Escribir sí¹⁸⁸.

¹⁸⁵ ALTOLAGUIRRE, *Epistolario*... cit., pág. 33 (c. 5, 15-VII-1925), escribe a Sánchez Cuesta: “mucho le agradeceré que al recibo de ésta me remita con la mayor urgencia los libros textos y programas del doctorado de Derecho y que a ser posible, caso de no serle de una molestia excesiva, me indique hasta qué lecciones exigen de las asignaturas cuyos textos solicito. [...] Las asignaturas son: / Antropología criminal. / Historia de la literatura jurídica española. / Política social. / Historia del derecho internacional”. De este propósito nunca más se supo...

¹⁸⁶ ALTOLAGUIRRE, *Epistolario*... cit., pág. 141 (c. 126, 7-X-1928), hace partícipe a Juan Guerrero “[...] de que me estoy preparando para las oposiciones de Secretarios de Ayuntamiento. (Pronto seremos compañeros.)”, para lo cual el de Murcia debió de brindarle algún valimiento, pues en su siguiente carta el opositor, *ibid.*, pág. 143 (c. 128, 28-XI-1928), le cumplimenta: “mucho te agradezco lo que me ofreces hacer por mí cuando sean las oposiciones. Ya te avisaré con tiempo”. Altolaguirre venía informando a varios amigos desde abril de este año 28 de su nuevo quehacer: a Villalón (*ibid.*, pág. 121 [c. 109, IV-1928]), a Diego (*ibid.*, pág. 124 [c. 111, 27-IV-1928]), a José María de Cossío (*ibid.*, pág. 128 [c. 116, V/VI-1928]); las alusiones continúan hasta la primavera del 29 (*ibid.*, pág. 152 [c. 137, 9-II-1929]; pág. 153 [c. 138, 3-IV-1929]; pág. 155 [c. 139, IV-1929]). Vicente ALEIXANDRE, *Epistolario de Vicente Aleixandre a Juan Guerrero y a Jorge Guillén*, ed. Gabriele Morelli, Universidad de Alcalá/Caballo Griego para la Poesía, Madrid, 1998, págs. 60-61 (c. de 1-IV-1929), se lo cuenta a un Guerrero Ruiz bien sabedor: “Altolaguirre estudia y vendrá a Madrid a examinarse: quiere ser secretario de ayuntamiento (*pero no de Murcia*, claro)”. Vide ALTOLAGUIRRE, *Epistolario*... cit., pág. 152 (c. 137, 9-II-1929).

¹⁸⁷ ALTOLAGUIRRE, *Epistolario*... cit., pág. 188 (c. 179, 18-XII-1930, fechada, sí, en París).

¹⁸⁸ ALTOLAGUIRRE, *Epistolario*... cit., pág. 181 (c. 171, IX-1930). El repaso al correo parisiense, desde el otoño del año 30 (*ibid.*, pág. 185 [c. 176, de 24-XI-1930]) hasta el verano del 31 (*ibid.*, pág. 226 [c. 217, de finales de VII-1931]), confirma todas las sospechas, con un Altolaguirre inmerso en el ajeteo tipográfico e indiferente por completo a los *altos estudios políticos*... Ya vecino londinense en 1933, “quisiera que me nombraran agregado cultural en la Embajada en Londres” (*ibid.*, pág. 265 [c. 263, 8-VIII-1933]).

Él solo se lo estaba diciendo todo... Ahora, la motivación no puede ser más peregrina —más *contra ingenio*— y da la medida de la vocación jurídica que lo animaba: caballero en *El caballo griego*, arrostra la reminiscencia de “la novia de mi primera juventud, a quien quise mucho”, Gracia Canivell Frites de Molina, y...

Nunca conocí a nadie con un aspecto de felicidad exterior como la suya. En su familia la fortuna había entrado a raudales. [...] Gracita tuvo una juventud llena de regalos. Gozaba infantilmente estrenando en cada reunión un traje [...].

Para complacerle, dejé Málaga para ir a estudiar Ciencias Políticas en la Universidad de París. El motivo de mi viaje era mejorar mi preparación para presentarme en las oposiciones al Cuerpo Diplomático. Me inclinaba hacia esos estudios el pensar que Gracia sería feliz en el ambiente social de mi carrera¹⁸⁹.

Altolaguirre, aunque él sin vislumbres de desgarro, es el caso más propincuo a Cernuda: en verdad que “es lástima ver a un hombre trabajar y quebrarse la cabeza en cosa que es imposible salir con ella”¹⁹⁰...

IV. Recapitulación

Conque tenemos a Pedro Salinas desistiendo de su acometida carrera de jurista. No así Dámaso Alonso, quien, licenciándose por duplicado, supo o pudo enmendar el erróneo escogimiento jurídico inicial. Recorrió García Lorca el camino inverso a los dos primeros: de Letras dio en Derecho, abandonando aquellas enseñanzas, pero con resultancias parcamente proficuas. Alexandre vivió —malvivió en sus adentros— de sus titulaciones oficiales hasta la postración física que bien temprano (1925) lo incapacitó laboralmente. Cernuda y Altolaguirre no cursaron más que Leyes en la Universidad y nunca se lucrarían con su ejercicio. El sevillano quiso y no pudo..., o pareció querer, o creyó querer... En definitiva, tan providencial como fue la enfermedad para el Alexandre poeta —por supuesto, sólo en este sentido creativo¹⁹¹—, debió de ser el fracaso opositor para Cernuda, en adelante ya siempre nómada y a la intemperie económico-social. El poeta de *La voz a ti debida* le llamó una vez *Licenciado Vidriera*¹⁹², para su disgusto. La verdad es que, desde nuestra perspectiva, también de él cuadra predicar lo que Cervantes de su inmarcesible

¹⁸⁹ ALTOLAGUIRRE, “El caballo...” cit., págs. 89-90.

¹⁹⁰ HUARTE DE SAN JUAN, *Examen...* cit., pág. 152.

¹⁹¹ El poeta tiene bien *diagnosticada* “[...] la larga dolencia que torció —o enderezó— el curso de una vida” (ALEIXANDRE, “Los encuentros” cit., pág. 1611), y cuyo sentido teleológico ha percibido con tanta perspicuidad LUIS, *Vida...* cit., pág. 95: “el dolor físico ha impreso decisivo rumbo en el vivir de este poeta, que acaso sin esa heridora y reiterada experiencia no hubiera cumplido su destino plenamente” (y *vide* la nota 161).

¹⁹² Cfr. nota 20.

personaje Tomás Rueda, otro letrado por partida doble –y, circularmente, topamos con nueva anfibología–: que “su principal estudio fué de leyes, pero en lo que más se mostraba era en letras humanas”¹⁹³.

¹⁹³ Miguel de CERVANTES, “El licenciado Vidriera”, en *Novelas ejemplares*, ed. Francisco Alonso, EDAF, Madrid, 1986, pág. 252. Conforme advierte Ivo DOMÍNGUEZ, *El Derecho como recurso literario en las Novelas ejemplares de Cervantes*, ed. Julio Ricci, Instituto de Estudios Superiores de Montevideo, Montevideo, 1972, pág. 50, “si intentáramos comentar todos los elementos jurídicos que aparecen en ‘El licenciado Vidriera’, lo tendríamos que hacer en casi todas sus páginas, pues por razón de la profesión del protagonista, las alusiones y referencias al Derecho resultan sumamente abundantes”, “[...] pues Cervantes en esta ocasión seleccionó como figura central de toda la trama a un joven graduado de licenciado en Leyes” (*ibid.*, pág. 49).

La D.G.R.N. en su labor de toma en consideración de la ley extranjera: análisis de la práctica existente y expectativas ante la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional

Javier Maseda Rodríguez
Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

Recibido: 18.01.2011
Aceptado: 30.03.2011

Resumen: En el ámbito del Derecho internacional privado, este trabajo tiene por objeto identificar aquellas pautas de comportamiento propias de la *Dirección General de Registros y del Notariado* cuando se enfrenta a la aplicación de una ley extranjera en el marco de sus resoluciones relativas a adopción internacional. Ello incluye el análisis, por una parte, del tratamiento que el Derecho extranjero recibe en este ámbito por parte de una autoridad no judicial, esto es, el *quién*, el *cómo* y *con qué valor* se aporta el Derecho extranjero, como, por otra, sus diferencias con la práctica jurisdiccional ordinaria. Y todo ello, y al margen de la normativa convencional vigente, ante la entrada en vigor de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*, como normativa autónoma reguladora de esta materia en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: Aplicación del Derecho extranjero.- Autoridades no judiciales: *Dirección General de Registros y del Notariado*.- Adopción internacional.

Abstract: *In the scope of Private International Law, this paper analyses those relevant elements that allow to identify the general lines of the behaviour of the Dirección General de Registros y del Notariado in relationship with the application of foreign law in its resolutions related to international children adoption. On one hand, it will be analysed the treatment of foreign law in this matter by a non-judicial authority, that is to say, who, how and with what scope foreign law is pleaded and proved, showing, on the other hand, its differences with the court practice. And all of this, despite the Conventions rules, before the coming into force of the Spanish Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, as domestic Spanish Law regulating this subject.*

Keywords: *Application of foreign law.- Non-judicial authorities: Dirección General de Registros y del Notariado.- International children adoption.*

Sumario: I.- INTRODUCCIÓN: EL TRATAMIENTO DE LA LEY EXTRANJERA EN LAS RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N. RELATIVAS A ADOPCIÓN INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA *LEY 54/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL*. 1.- La D.G.R.N. y su aproximación a la ley extranjera: la nueva *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*. 2.- La problemática relativa a la aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero: la *incomodidad* de la aplicación de una ley extranjera. II.- LA D.G.R.N. FRENTE AL DERECHO EXTRANJERO EN MATERIA DE ADOPCIÓN

INTERNACIONAL: UBICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA. 1.- Sede normativa: variedad de ubicaciones. 2.- Sede práctica. III.- OBSERVACIONES A LA LABOR DE LA D.G.R.N. EN SU ENFRENTAMIENTO CON EL DERECHO EXTRANJERO: APLICACIÓN VERSUS TOMA EN CONSIDERACIÓN. IV.- LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA EN LAS RESOLUCIONES SOBRE ADOPCIÓN INTERNACIONAL: TRATAMIENTO. 1.- La carga de la aportación del Derecho extranjero. A.- D.G.R.N.; Juez Encargado del Registro; Ministerio Fiscal; parte interesada. B.- El papel de la D.G.R.N. en la aportación del Derecho extranjero: desarrollo. 2.- Medios de aportación del Derecho extranjero: flexibilidad. 3.- Valoración de la ley extranjera por parte de la D.G.R.N. A.- Alcance e interpretación de la ley extranjera. B.- Contenido de la ley extranjera. V.- LA NO DETERMINACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA: CONSECUENCIAS. 1.- Posibilidad de no conocimiento. 2.- Denegación de la solicitud de inscripción. VI.- CONCLUSIONES: ALGUNAS CONSIDERACIONES TRAS LA LEY 54/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL. 1.- Línea continuista. 2.- Expectativas de futuro.

I. Introducción: el tratamiento de la ley extranjera en las resoluciones de la D.G.R.N. relativas a adopción internacional. Especial referencia a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional

1. La D.G.R.N. y su aproximación a la ley extranjera: la nueva Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional

En el ámbito de la disciplina del Derecho internacional privado (D.i.pr.) y dentro del sector de la aplicación del Derecho extranjero, este trabajo tiene por objeto, fundamentalmente, identificar aquellas pautas de comportamiento propias de la *Dirección General de Registros y del Notariado* (D.G.R.N.) cuando se enfrenta a la aplicación de una ley extranjera en el marco de sus resoluciones relativas a adopción internacional, poniendo de manifiesto tanto el tratamiento que el Derecho extranjero recibe en esta sede, cuanto sus diferencias con la práctica jurisdiccional ordinaria. Más en concreto, los rasgos característicos relativos a cuestiones tales como cuáles son las sedes en las que se requiere la consulta de la ley extranjera, quién se encarga de aportarla, cómo proceder a su averiguación, o cuál debe ser el comportamiento de la autoridad en caso de desconocimiento del contenido de la normativa extranjera. Y ello, y al margen de la normativa convencional vigente, ante la entrada en vigor de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional* (LAI 2007), como normativa autónoma reguladora de esta materia¹; y dentro de un contexto, el del Registro Civil, en el que puede observarse una cada vez más habitual obligación de aplicar una ley extranjera, debido, fundamental-

¹. *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional* (Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 2007).

mente, a la mayor heterogeneidad social, el incremento de la movilidad del individuo, o el aumento de las migraciones².

Con este objetivo se procederá al análisis de la práctica actual derivada de las resoluciones de la D.G.R.N. en materia de adopción internacional existente hasta el momento, necesaria en orden a identificar estas pautas de comportamiento de la D.G.R.N. respecto de la ley extranjera propias de esta sede. Sobre ello, dos puntualizaciones. Por una parte, hay que tener en cuenta que la mayoría de las resoluciones examinadas hace referencia a la normativa anterior a la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional*, esto es, expedientes nacidos bajo el amparo de la regulación anterior, resueltos bajo sus normas, en ausencia de disposiciones transitorias específicas de la nueva Ley, siendo mucho menor el número de resoluciones examinadas que han nacido al amparo de la normativa actual³.

Por otra parte, aun siendo así, esto es, aun cuando mucha de la práctica analizada hasta el momento se refiere, como decíamos, a la regulación anterior, entendemos la utilidad de su análisis respecto de lo que son las resoluciones de la D.G.R.N. que se hallen sujetas a la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional*: a nuestro juicio, las conclusiones a las que llegaremos, como veremos, aun extraídas teniendo en cuenta también esta práctica anterior a la nueva Ley, resultan perfectamente trasladables a las adopciones que se hallan sometidas a la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*, salvo que las actuaciones de la D.G.R.N. desarrollando la nueva Ley evolucionen en otro sentido. Esta línea de continuidad es la que parece verse en muchas de las resoluciones de la D.G.R.N. de los últimos años, en las que, aunque se resuelven de acuerdo con la normativa anterior dado que el expediente se había iniciado antes de la entrada en vigor de la nueva Ley⁴, la D.G.R.N. viene introduciendo la nueva regulación especulando con lo que, en hipótesis, sería su aplicación de regular el caso, y ello para concluir de modo semejante a como ya lo había hecho. Lo vemos, por

² Sobre este incremento de situaciones, LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., "Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil", en *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración, Cuadernos de Derecho Civil*, 2004, pp. 83-132, espec. pp. 88 y 92-95; BLANCO-MORALES LIMONES, P./CABALLUD HERNANDO, A., "Inmigración y Registro Civil", *B.I.M.J.*, núm. 2059, 2008, pp. 1271-1299, espec. pp. 1272 y 1298-1299.

³ Se han analizado alrededor de doscientas resoluciones de la D.G.R.N. de los últimos años hasta las últimas publicadas, inclusive. Pueden encontrarse bien en la versión escrita del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (B.I.M.J.)*, bien en su versión electrónica, así como en los compendios de resoluciones de la D.G.R.N. que aparecen en la página web del Ministerio de Justicia.

⁴ En la *Res. DGRN de 1 de diciembre de 2008, sobre inscripción de adopción*, la D.G.R.N. indica que "...el objeto del presente recurso... ha de ser examinado a la luz de la legislación vigente a su fecha, anterior a la promulgación y entrada en vigor de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional*...".

ejemplo, en la *Res. DGRN de 21 de octubre de 2008, sobre inscripción de adopción*, en la que la D.G.R.N. denegó la inscripción de una adopción guatemalteca por ausencia de equivalencia de efectos, indicando que "...con la vigente *Ley 54/2007, de Adopción Internacional* (que ha modificado el artículo 9 Código Civil) tampoco sería posible la estimación del recurso..."⁵. Y es lo que puede observarse, asimismo, y por otro lado, en las resoluciones resueltas al amparo ya de la nueva Ley, en las que se vienen reproduciendo los términos empleados hasta el momento por la D.G.R.N. cuando se enfrenta a una ley extranjera, tal como sucede, por ejemplo, en la *Res. DGRN de 26 de febrero de 2010, de adopción internacional*.

Las razones de ello pueden tener que ver, a nuestro entender, no sólo en el hecho de que la nueva Ley no dice nada sobre la aplicación del Derecho extranjero en esta materia, sino también porque la nueva Ley sigue planteando la aplicación del Derecho extranjero, fundamentalmente y salvo algunas variantes, en las mismas sedes que la regulación anterior. Con todo, aunque esto sea así, creemos también que las novedades y modificaciones que la nueva *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional* ha introducido en la regulación de la adopción van a exigir un mayor esfuerzo de la D.G.R.N., además del Ministerio Fiscal, los interesados o el Juez Encargado del Registro, respecto de lo que es la toma en consideración de la ley extranjera en esta materia.

En fin, de acuerdo con lo expuesto, veremos, en un primer momento, cuáles son las sedes en las que, desde el punto de vista de la práctica analizada, la D.G.R.N. plantea el problema de la toma en consideración de la ley extranjera. Más tarde, y una vez situada la cuestión y descrito su carácter, se analizarán las cuestiones relativas a la carga de la aportación de la ley extranjera, medios de aportación, valoración del alcance e interpretación del tenor de la ley extranjera aportada, así como el comportamiento de la D.G.R.N. en caso de desconocimiento del contenido de la normativa extranjera de adopción. Terminaremos, finalmente, con unas breves conclusiones sobre este tema, que serán valoradas dentro del contexto más general de la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero. Y todo ello, no sin antes realizar una serie de observaciones sobre el contexto en el que se mueven las autoridades no judiciales en lo que a la aplicación de una ley extranjera se refiere, relevante en tanto en cuanto estamos hablando de un órgano como la D.G.R.N.

⁵. Véase, asimismo, *Res. DGRN (núm. 2) de 4 de enero de 2010, de adopción internacional*, que menciona tanto el art. 26 LAI 2007, como el art. 9.5 Código Civil, a la hora de valorar una adopción colombiana.

2. La problemática relativa a la aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero: la incomodidad de la aplicación de una ley extranjera

Como es sabido, el art. 12.6.1 Código Civil contempla la posibilidad que “...los Tribunales y autoridades...” apliquen una ley extranjera. Sucede con jueces y Tribunales a la hora de la valoración de una situación de tráfico externo a partir de la aplicación o toma en consideración de una ley extranjera, y sucede asimismo, en lo que ahora interesa, con autoridades no judiciales. En efecto, el legislador español contempla la posibilidad de que autoridades distintas de las judiciales, sean éstas autoridades públicas carentes de poder jurisdiccional (Notarios, Registradores, Cónsules o Diplomáticos), sean órganos detentadores de poder jurisdiccional en el ejercicio de funciones diversas (Juez encargado del Registro actuante como órgano de la Administración)⁶, tengan que aplicar una ley extranjera. Lo vemos, por ejemplo, con los Notarios, cuando otorgan escritura pública que afecta a personas de distinta nacionalidad, casos en los que se plantea la necesidad de aplicación de la ley nacional reguladora de la capacidad (art. 9.1 Código Civil) o cuando deben tenerse en cuenta leyes extranjeras que rigen la validez de un acto o contrato, un tema de sucesiones o la valoración del régimen económico matrimonial de una pareja; en el ámbito del Registro de la Propiedad, en relación con el reconocimiento de la fuerza registral de documentos otorgados en el extranjero, sometidos a un control de ley aplicada a la capacidad de obrar y a la forma y condiciones de la validez de un acto; o, en fin, respecto del Encargado del Registro Civil o funcionarios encargados del Registro Consular en materias como el nombre y apellidos de las personas, filiación adoptiva o por naturaleza, o matrimonio.

En cualquier caso, enfrentarse a la aplicación de una ley extranjera no es tarea sencilla. La práctica española refleja, con carácter general, la *incomodidad* del operador jurídico que trata con un supuesto de tráfico privado externo, y, por ende, con los recursos propios del D.i.pr. A los operadores jurídicos siempre les resultó extraña la posibilidad de resolver una controversia conforme a un ordenamiento jurídico que no fuese *el propio*. De ahí la bastante habitual tendencia a reconducir hacia parámetros de tráfico interno, esto es, identificar como tal, una situación que presenta contactos con varios ordenamientos. Ello les permitía valorar conforme a un ordenamiento jurídico conocido (el propio) un problema que, enfrentado de forma correcta, al

⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La aplicación del Derecho extranjero por los notarios”, en *Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 17 de diciembre de 1994*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXXV, Madrid, pp. 175-209, espec. p. 182; SÁNCHEZ LORENZO, S., “Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2006, pp. 1999-2015, espec. p. 2001.

menos, desde la óptica del D.i.pr., supondría abrir la posibilidad de aplicación de normas ajenas al mismo, por lo tanto, desconocidas⁷.

No contribuye precisamente a paliar esta *incomodidad* en el tratamiento de la ley extranjera la labor del legislador español: las autoridades judiciales y extrajudiciales se encuentran con una normativa escasa y/o no suficientemente clara, generadora de una inseguridad que la labor reciente del Tribunal Constitucional no consiguió reducir (o que sólo redujo en aspectos muy puntuales)⁸. Así era, al margen de las reglas especiales que rigen la aplicación ex-

⁷ Es lo que se ve, en el ámbito judicial, por ejemplo, en la *Sent. Aud. Prov. de Barcelona (secc. 14^a) de 11 de marzo de 1997 (R.G.D., 1998, p. 1302; R.E.D.I., 1998-I, p. 326, con nota de DE MIGUEL ASENSIO, P.A.)*, donde la Audiencia Provincial resuelve la controversia relativa a un contrato de distribución internacional a través de la aplicación de la ley española, ignorando la existencia de una cláusula de sumisión a la ley italiana, que ni siquiera llega a mencionar, y desconociendo el mandato de aplicación de oficio de la norma de conflicto del art. 12.6.I. Código Civil, así como el carácter internacional del litigio. Mismo proceder parece haber en la *SAP de Bizkaia de 11 de octubre de 2006 (R.E.D.I., vol. LIX, 2007-I, pp. 308-314, con nota de ARENAS GARCÍA, R.)*, en la que la Audiencia parece empeñada en utilizar todos los medios posibles para llegar a la aplicación de la ley española, aun cuando estos mismos medios le llevaban sin duda a la aplicación de la ley de Costa Rica. En esta sentencia, la Audiencia, al margen de no aplicar un Convenio que vincula a España (*Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías*), aplica el art. 10.5 Código Civil, tácitamente derogado ante la vigencia en aquellos momentos del *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, para llegar a la aplicación del Derecho español. Y, es más, plantea la hipótesis de qué ocurriría de ser aplicado el Convenio de Roma de 1980, llegando a la misma conclusión, la aplicación del Derecho español, cosa que no sucedería de haber apreciado correctamente la prestación característica, lo que no hizo y que le hubiere conducido a la ley de Costa Rica, y de haber aplicado correctamente la cláusula de cierre del art. 4.5 Convenio de Roma 1980, que utilizó para llegar al Derecho español cuando a todas luces no era posible. Sobre este proceder de la Audiencia de Bizkaia, véase más ampliamente la nota a esta resolución de ARENAS GARCÍA, R., en *R.E.D.I.*, vol. LIX, 2007-I, pp. 308-314. Es frecuente, asimismo, observar como los operadores jurídicos se amparan en el sistema (en sus defectos, habitualmente) para justificar la aplicación de la *lex fori* a supuestos *a priori* regulados por una ley extranjera. Por ejemplo, ¿para qué sostener una interpretación del art. 12.6 Código Civil favorable a la aplicación de oficio del Derecho extranjero cuando la propia norma permite una interpretación que ampara su aplicación a instancia de parte, lo que conducirá en su defecto a la habitual aplicación del Derecho español a título subsidiario, esto es, de un Derecho conocido?. Por todas, *STS de 12 de enero de 1989 (Ref. Aranzadi, 1989, n° 100; R.E.D.I., 1990-I, p. 275, con nota de CHECA MARTÍNEZ, M.)*; o la *STS de 23 de octubre de 1992 (Ref. Aranzadi, 1992, n° 8280; R.E.D.I., 1993-II, p. 500, con nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J.)*. Muestra de esta *incomodidad* la vemos también en materia de competencia judicial internacional, como sucede con la *STS de 11 de junio de 2003 (Ref. Aranzadi, n° 5348, con comentario de MASEDA RODRÍGUEZ, J., en Anuario español D.i.pr., 2004, pp. 976-980)*, o *Sent. Aud. Prov. de Barcelona de 13 de junio de 1989, R.E.D.I., 1990, p. 602*.

⁸ Véanse las *STC 10/2000, de 17 de enero (Boletín Oficial del Estado, 18 de febrero de 2000, n° 42, Suplemento)*; *STC 155/2001, de 2 de julio*; *STC 33/2002, de 11 de febrero*; *STC 172/2004, de 18 de octubre de 2004*; o la *STC 29/2004, de 4 de marzo de 2004 (RTC, 2004, 29)*.

trajudicial de la ley extranjera, la normativa general anteriormente recogida en el art. 12.6 Código Civil, y así es, sobre todo, la nacida de la reforma operada por la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, que, si bien modificó el párrafo segundo del art. 12.6 Código Civil, transformándolo en el art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, realmente, no aporta gran cosa a la hora de aclarar el panorama⁹. Tal es así que, partiendo de idéntica base normativa, se llegan a observar comportamientos tan dispares como, por ejemplo, sostener la aplicación del Derecho extranjero, bien *ex officio*, bien la opción contraria, a instancia de parte; y todo ello, lo que es más significativo, perfectamente ajustado a la norma¹⁰.

Ahora bien, aun cuando el art. 12.6.1 Código Civil se refiera a la aplicación de la ley extranjera tanto por los Tribunales como por el resto de "...autoridades...", el panorama descrito y las expectativas difieren en uno y otro caso. A nuestro entender y a pesar del panorama referido, las autoridades judiciales se encuentran en una posición más ventajosa que las no-judiciales en lo que respecta a la aplicación de una ley extranjera. Aun cuando la normativa reguladora de la materia no es clara, los jueces y Tribunales sí encuentran más puntos de apoyo respecto a *cómo moverse* en el campo de su efectiva aplicación, esto es, en el cómo llegar a considerar su aplicación, en el reparto de cargas o en el cuál es la consecuencia del no-hacer o del desconocer la ley extranjera aplicable.

Cuentan, por un lado, con un amplio bagaje doctrinal que viene analizando los problemas de la materia desde antiguo, identificando problemas y aportando soluciones¹¹. Cuentan, asimismo, con una muy abundante práctica jurisdiccional en aplicación de una ley extranjera. Piénsese que se ha hablado siempre de unos arts. 12.6 Código Civil y 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil

⁹ Por todos, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Comentario al art. 12.6 C.c.", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M./DÍAZ ALABART, S., (dir.), tomo I, vol. II, Edersa, Madrid, 1995, pp. 973-1082; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; JIMÉNEZ BLANCO, P., "Art. 281 LEC 2000", *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, GÓMEZ DE LIAÑO, F., (coord.), Oviedo, 2000, pp. 348-350; VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 365-388.

¹⁰ En todo caso, la incertidumbre respecto de cómo proceder genera en ocasiones manifestaciones curiosas por parte de los operadores jurídicos españoles cuando se enfrentan a un Derecho extranjero; por ejemplo, la interpretación *a contrario sensu* de que "...no puede en España aplicarse de oficio la ley extranjera cuando no se alega de forma suficiente ni nadie se acoge a ella...", de la *STS de 23 de octubre de 1992 (Ref. Aranzadi, 1992, nº 8280; R.E.D.I., 1993-II, p. 500)*. Lo mismo en *Sent. Aud. Prov. de Almería de 29 de noviembre de 2002*, cuando estima que "...no puede en España aplicarse de oficio la ley extranjera cuando la misma no ha sido alegada suficientemente..." (si lo es, no puede hablarse de *de oficio*).

¹¹ Véanse los trabajos aquí referidos respecto de la aplicación de la ley extranjera por jueces y Tribunales y sus propias remisiones.

2000 como preceptos *deliberadamente* ambiguos o de textura abierta¹², una suerte de *habilitación al desenvolvimiento judicial* para que, en ausencia de modelo definido¹³, sean los propios jueces y Tribunales los que definan las líneas maestras del tratamiento procesal de una ley extranjera¹⁴: de ahí la existencia de práctica jurisprudencial relativa a la mayoría de los problemas que se pueden plantear en proceso cuando entra en juego una ley extranjera, desde su aplicación de oficio o a instancia de parte, su objeto y medios de prueba, hasta las alternativas a la ausencia de prueba o imposible aplicación de la ley extranjera, pasando por la posibilidad de recurso por inaplicación y/o defectuosa aplicación del Derecho extranjero. Cuentan, en fin, con la labor del Tribunal Constitucional, que, a pesar de sus escasas resoluciones en la materia, cuando resolvió lo hizo precisamente en sede de aplicación judicial de una ley extranjera, sobre todo a partir de lo dispuesto en la *STC 10/2000, de 17 de enero*, y en la *STC 155/2001, de 2 de julio*, que vinculan la aplicación judicial del Derecho extranjero y la tutela judicial efectiva del art. 24.1 Constitución Española (motivación suficiente de toda resolución), y del art. 24.2 Constitución Española (desarrollo de un proceso con todas las garantías, en concreto, medios de prueba)¹⁵.

No sucede lo mismo, a nuestro juicio, en sede de aplicación extrajudicial de la ley extranjera, a pesar de que el art. 12.6.1 Código Civil, como vimos, afirme indistintamente que “...los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español...”: las autoridades no judiciales cuentan con menos puntos de apoyo respecto de *cómo moverse* en el campo de la efectiva aplicación de una ley extranjera, esto es, más dudas respecto a lo que veíamos antes de cómo llegar a considerar su aplicación, el re-

¹² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981, p. 62; CARRILLO SALCEDO, J.A., “Art. 12.6 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. (dir.) Jaén, 1978, pp. 445-450, espec. p. 446; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “Nota a STS (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 1991”, *R.E.D.J.*, 1992-I, pp. 239-243, espec. p. 241. No entiende que se esté ante un sistema de textura abierta, CARRILLO POZO, L., “El Derecho extranjero en el proceso de trabajo”, *Rev. Min. Trab. y Asuntos Soc.*, núm. 62, 2006, pp. 13-57, espec. p. 54.

¹³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa”, *La Ley*, 4 de julio de 2005, pp. 1-7, con este título tan significativo.

¹⁴ VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 520.

¹⁵ Sobre la *STC 10/2000, de 17 de enero de 2000*, véase CARBALLO PIÑEIRO, L., “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, *Anuario español D.i.pr.*, vol. I, 2001, pp. 485-504. En general, sobre la vertiente constitucional de la aplicación judicial del Derecho extranjero, además del trabajo reseñado, véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Sobre la norma de conflicto..., passim*, y CUARTERO RUBIO, M.V., “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 14, 2000, pp. 21-71.

parto de cargas cara a su aportación, o cuáles deben ser las consecuencias del no-hacer o del desconocer la ley extranjera reclamada.

Las razones son varias. Es cierto que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se halla sometida a reglas especiales, de modo que las normas que rigen la aplicación judicial del Derecho extranjero, en concreto, el art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, deben ser aplicadas de manera subsidiaria, si ello es posible, en los casos de aplicación extrajudicial¹⁶. No obstante, la posición de partida de las autoridades no judiciales no es la misma que aquélla de jueces y Tribunales. Por una parte, muchas de las cuestiones que plantea la aplicación no judicial de la ley extranjera no están resueltas en las reglas especiales que el legislador ha elaborado para esta sede, y el recurso a la aplicación subsidiaria del art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 tampoco ayuda: la mayoría de los interrogantes que se plantean sobre el alcance del art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 y del art. 12.6.1 Código Civil, y que se resuelven a través de la práctica, lo hacen, como vimos, respecto de lo que es la aplicación judicial de la ley extranjera, proponiendo unas formas de comportamiento concretas que son difícilmente trasladables a la sede extrajudicial debido a las peculiaridades del medio. Lo vemos, como muestra, respecto de la cuestión de cuál debe ser el comportamiento de la autoridad no judicial en caso de imposible determinación del Derecho extranjero: la práctica jurisdiccional, desarrollando los arts. 12.6.1 Código Civil y 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, discurre entre la desestimación de la demanda, la aplicación de otro Derecho conectado, o, la habitual, la aplicación subsidiaria de la ley española; respuestas éstas que son escasamente útiles (por poco trasladables), por ejemplo, para la D.G.R.N. que no llega a conocer la ley extranjera que debe tomar en consideración a la hora de valorar la solicitud de inscripción de una resolución extranjera constituyendo una adopción, y que, lejos de aplicar subsidiariamente la ley española, opta, mejor, por la no inscripción de la adopción. Lo vemos, también, respecto de los medios de prueba para llegar al conocimiento de la ley extranjera: frente a la rigidez exigida en la práctica judicial, existe una mayor flexibilidad de medios en sede no judicial, lo que puede ser razonable habida cuenta de que, al tratarse de actos de administra-

¹⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 5ª ed., 2009, Madrid, p. 170; MOLINS GARCÍA-ATANCE, E., “La aplicación de la ley extranjera por los Tribunales españoles y la posición que debe adoptar el juez en estos procesos”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, PICO I JUNOY, J./ABEL LLUCH, X., 2007, pp. 277-300, espec. p. 295. De hecho, las autoridades no judiciales también se hallan vinculadas por las normas de aplicación que sirven de apoyo a las normas de conflicto, como puede ser el art. 12.5 Código Civil relativo a la remisión a un sistema plurilegislativo; así, SÁNCHEZ LORENZO, S., “Algunos problemas del régimen jurídico...”, *loc. cit.*, p. 2003. Véase, en la práctica no judicial, la *Res. DGRN de 5 de febrero de 2005*.

ción y no de resoluciones jurisdiccionales, siempre cabe revocabilidad por vía jurisdiccional¹⁷.

Por otra parte, y a diferencia de la sede judicial, las autoridades extrajudiciales cuentan con un menor bagaje doctrinal en el que apoyarse: la dedicación que la doctrina dispensa al tratamiento extrajudicial del Derecho extranjero resulta mucho menor si la comparamos con la perspectiva judicial¹⁸. La mayor conflictividad que genera la aplicación judicial de una ley extranjera está detrás de ello, lo que, unido al hecho de la gran variedad de autoridades no judiciales que pueden aplicar un Derecho extranjero y los diferentes contextos en los que operan, hace que sea difícil marcar una pauta común de comportamiento en lo que son las diferentes fases por las que discurre la aplicación de una ley extranjera. Finalmente, no debe olvidarse que la práctica extrajudicial relativa a la aplicación de una ley extranjera es menos abundante que la jurisdiccional, amén de más heterogénea, y se desarrolla dentro de parámetros diferentes a los de la aplicación judicial del Derecho extranjero, al menos, en lo que es la novedad de su vertiente constitucional de tutela judicial efectiva.

En fin, teniendo en cuenta este contexto, pasemos, pues, a evaluar el comportamiento de la D.G.R.N. cuando se enfrenta a la aplicación de una ley extranjera en el marco de sus resoluciones relativas a adopción internacional.

II. La D.G.R.N. frente al Derecho extranjero en materia de adopción internacional: ubicación de la problemática

1. Sede normativa: variedad de ubicaciones

Previamente al análisis del tratamiento que la D.G.R.N. depara al Derecho extranjero, debe procederse a ubicar esta problemática, esto es, resulta

¹⁷ Sobre ello, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, op. cit., 2009, p. 170. A lo largo de este trabajo veremos como existen distintos aspectos en los que se pueden apreciar diferencias sustanciales en lo que es la aplicación judicial y extrajudicial de la ley extranjera. Al respecto, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La aplicación del Derecho extranjero por los notarios”, loc. cit., p. 204; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. (et al.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 105-106. Más en general, RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995, nº 101.

¹⁸ Como muestra, sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La aplicación del Derecho extranjero por los notarios”, loc. cit., pp. 175-209; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Comentario al art. 12.6 C.c.”, en *Comentarios...*, loc. cit., pp. 1050-1082. Hacen referencia a esta menor dedicación doctrinal, en materia de adopción internacional, MASEDA RODRÍGUEZ, J., “La toma en consideración del Derecho extranjero por la D.G.R.N. en materia de adopción internacional”, en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 351-360, espec. pp. 351-352; con carácter general, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, op. cit., 2009, p. 167; ARENAS GARCÍA, R., *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, 2000, p. 420.

necesario determinar la sede en la cual se suscita el problema de la aplicación de una ley extranjera en el ámbito de las resoluciones relativas a adopción internacional provenientes de este organismo. A este respecto, una lectura de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*, como normativa reguladora de esta materia, permite identificar distintas sedes introductorias de una ley extranjera en las que, consecuentemente, la D.G.R.N. podría encontrarse con el problema relativo a su aplicación en materia de adopción.

Desde esta óptica normativa, la posibilidad de aplicación de una ley extranjera aparece fundamentalmente en sede reconocimiento de resoluciones extranjeras¹⁹. Así, como uno de los requisitos exigidos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras, el art. 26.1 LAI 2007, en defecto de normas internacionales, impone el control de la ley aplicada por la autoridad competente del Estado de origen de acuerdo con las normas de conflicto del Estado del que depende la Autoridad extranjera que constituyó la adopción. Recuérdese que el anterior art. 9.5 Código Civil exigía comprobar que esta autoridad extranjera había aplicado la ley del adoptando en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios.

Asimismo, de acuerdo con lo expuesto también en este mismo precepto, la autoridad competente del Estado de origen debe consultar el tenor de una ley extranjera a la hora de verificar si "...no se ha prestado alguna declaración de voluntad o no se ha manifestado el consentimiento exigido por la ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción...": de ser así, esto es, en aquellos casos en los que no se haya prestado alguna de las declaraciones de voluntad o no se haya manifestado alguno de los consentimientos exigidos por la ley extranjera, dicho requisito deberá ser completado en España ante las autoridades competentes españolas con arreglo a los criterios contenidos en la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*, o bien ante cualquier otra autoridad extranjera competente.

Del mismo modo, y también dentro de las condiciones exigidas para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras, el art. 26.2 LAI 2007 estima que, "...cuando el adoptante o el adoptado sean españoles, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español...". Ello exige la consulta de la ley extranjera conforme a la cual se ha constituido la adopción a fin de controlar, en

¹⁹ LARA AGUADO, A., "Adopción internacional: relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del Derecho extranjero", *R.E.D.I.*, vol. LX, 2008-I, pp. 128-145, espec. pp. 130-131; MASEDA RODRÍGUEZ, J., "La toma en consideración del Derecho extranjero por la D.G.R.N. ...", *loc. cit.*, p. 154; SÁNCHEZ LORENZO, S., "Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 17, Madrid, 2005, pp. 87-130, espec. p. 126; ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord), *Regulación de la adopción internacional (nuevos problemas, nuevas soluciones)*, 2007, p. 303.

concreto, que la adopción constituida por autoridad extranjera produce "...la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes ..." ²⁰. Respecto de este último punto, el art. 26.2 LAI 2007 introduce de nuevo la consulta de la ley extranjera, al establecer, en particular, que, "...cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla...": la renuncia al derecho de revocación de la adopción sólo procederá, pues, si la ley extranjera prevé la revocación, con lo que habrá que saber qué dispone la ley extranjera sobre este aspecto ²¹.

Téngase en cuenta finalmente, en este orden de asuntos, la posibilidad de tener que llegar al conocimiento de la ley extranjera respecto de lo que son las funciones de los Cónsules españoles en el extranjero. Recuérdese que tanto la legislación anterior del art. 9.5 Código Civil, como el art. 17 LAI 2007 actual, permiten al Cónsul español no sólo "...constituir adopciones, en el caso de que el adoptante sea español y el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente...", como ejercer competencias y funciones de Encargado del Registro Civil. Ahora bien, ello será posible siempre que "...el Estado receptor no se oponga a ello, ni lo prohíba su legislación..." (art. 17 LAI 2007; art. 5.f del *Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963*), lo que obliga a la consulta de la ley extranjera a fin de verificar estos aspectos.

2. Sede práctica

Si esto es así desde un punto de vista normativo, la práctica demuestra, sin embargo, y a pesar de estas distintas situaciones en las que el operador jurídico puede enfrentarse a la aplicación de una ley extranjera, cómo el problema se suscita casi exclusivamente a la hora de ponderar la equivalencia de efectos entre la adopción constituida conforme a una normativa extranjera y lo que la normativa española entiende por adopción ²². Esto es, lo que establece el anterior art. 9.5 Código Civil *in fine*, introducido por la *Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, cuando afirmaba que "...no se reconocerá en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español si

²⁰ LARA AGUADO, A., "Adopción internacional...", *loc. cit.*, p. 131.

²¹ LARA AGUADO, A., "Adopción internacional...", *loc. cit.*, p. 131.

²² ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord), *Regulación de la adopción internacional...*, *op. cit.*, pp. 302-303; MASEDA RODRÍGUEZ, J., "La toma en consideración del Derecho extranjero por la D.G.R.N. ...", *loc. cit.*, pp. 351-360; LARA AGUADO, A., "Adopción internacional...", *loc. cit.*, p. 130; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.M., "El Registro Civil Central", *B.I.M.J.*, núm. 1834, de 1 de diciembre de 1998, pp. 3437-3464, espec. p. 3454.

los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española”; y que tiene su equivalente en el referido art. 26.2 LAI 2007, cuando establece que “...la adopción constituida por autoridad extranjera...”, para su reconocimiento como adopción, “...debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español...”²³.

Así es, por ejemplo, en la práctica más antigua de la D.G.R.N., tal como puede observarse en la *Res. DGRN de 6 de mayo de 2000, sobre adopción*; la *Res. DGRN de 5 de abril de 2000, sobre adopción guatemalteca*; la *Res. DGRN de 5 de febrero de 1998, sobre inscripción de adopción nepalí*; la *Res. DGRN de 13 de noviembre de 1998, sobre adopción guatemalteca*; o la *Res. DGRN de 6 de marzo de 1997, sobre inscripción de adopción china*. Y también en la práctica más reciente, como sucede, por ejemplo, con la *Res. DGRN de 1 de diciembre de 2008, sobre inscripción de adopción*; la *Res. DGRN de 16 de febrero de 2009, sobre inscripción de adopción*; la *Res. DGRN de 3 de septiembre de 2009, sobre inscripción de nacimiento derivada de adopción internacional*²⁴; la *Res. DGRN (núm. 1) de 4 de enero de 2010, de adopción internacional*, o la *Res. DGRN de 26 de febrero de 2010, de adopción internacional*, estas últimas al amparo de la nueva Ley de adopción.

En el resto de sedes a las que se hacía referencia, la actuación de la D.G.R.N., y así es en su práctica más antigua y también en la actual, se identifica más con una labor de *presentación* de la cuestión de la aplicación de un Derecho extranjero que con un verdadero enfrentamiento directo con su problemática concreta. Sirva el anterior art. 9.5 Código Civil en su remisión a la ley nacional del adoptando como ejemplo ilustrativo de esta forma de actuar: el comportamiento habitual de la D.G.R.N. en el examen de la adopción constituida ante autoridad extranjera consiste en afirmar la aplicación efectiva de la ley del adoptando en cuanto a su capacidad y consentimiento necesarios, para detener su análisis en este punto, esto es, no llega a realizar un verdadero *control* del tenor de la ley aplicada. Así se ve, como muestra, en la *Res. DGRN de 21 de octubre de 2008, sobre inscripción de adopción*; o en la *Res. DGRN de 1 de febrero de 2007, sobre inscripción de adopción etíope*: en este último caso, la D.G.R.N. valora la equivalencia de efectos entre la adopción etíope y la española, después de haber “...presupuesto...”, en palabras literales de la

²³ LARA AGUADO, A., “Adopción internacional...”, *loc. cit.*, p. 130, en relación con la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*.

²⁴ *Res. DGRN de 6 de mayo de 2000, sobre adopción* (B.I.M.J., n° 1874, p. 2676); *Res. DGRN de 5 de abril de 2000, sobre adopción guatemalteca* (B.I.M.J., n° 1870, p. 2018; con nota de CAMPUZANO DÍAZ, B., *R.E.D.I.*, 2000-II, p. 612); *Res. DGRN de 5 de febrero de 1998, sobre inscripción de adopción nepalí* (B.I.M.J., n° 1827-1828, p. 2158); *Res. DGRN de 13 de noviembre de 1998, sobre adopción guatemalteca* (B.I.M.J., n° 1851-1852, p. 2550); *Res. DGRN de 6 de marzo de 1997, sobre inscripción de adopción china* (B.I.M.J., n° 1823, p. 1498).

D.G.R.N., que la autoridad etíope competente constituyó la adopción aplicando la ley etíope a la capacidad y consentimientos necesarios del adoptando, esto es, no se realiza un verdadero control del tenor de la ley etíope en este punto, al igual que sucede en la *Res. DGRN de 16 de febrero de 2009, sobre inscripción de adopción*. Este comportamiento se reproduce, asimismo, respecto del actual art. 26 LAI 2007, como puede verse en la *Res. DGRN de 26 de febrero de 2010, de adopción internacional*, cuando, al exigir que la adopción "...se haya constituido ante autoridad kazaja competente en la forma establecida por la *lex loci* y que se haya aplicado la ley designada por el ordenamiento jurídico kazajo, por ser de esta nacionalidad la autoridad que la constituyó (cfr. art. 26 de la Ley 54/2007)...", la D.G.R.N. habla de "...presupuesto lo anterior...".

No en vano la D.G.R.N. ha adoptado a lo largo de sus resoluciones una forma de enfrentarse a este punto que, por la frecuencia de su empleo, ha adquirido una cierta carta de naturaleza. En este sentido, la fórmula que suele utilizar la D.G.R.N. es la siguiente: "...no hay duda de esta adopción se ha constituido ante las autoridades nepalíes y de que se ha aplicado la ley nacional del adoptando en cuanto a capacidad y consentimiento necesarios...". Es lo que se observa en la *Res. DGRN de 14 de febrero de 1998, sobre adopción nepalí*, o en la *Res. DGRN de 6 de mayo de 2000, sobre adopción*, y que se repite en muchas otras²⁵.

Con todo, téngase en cuenta una serie de resoluciones que merecen destacarse por su excepcionalidad en lo que a este punto se refiere.

Por una parte, la *Res. DGRN de 23 de octubre de 2009, sobre inscripción de adopción*, relativa a una inscripción de nacimiento y marginal de adopción de la menor de origen nepalí adoptada en este país, que se separa de esta tendencia ya que aquí sí se valoraron efectivamente los "...requisitos de capacidad exigidos por la ley aplicable a la capacidad y consentimientos, en este caso, la ley del adoptando, conforme a lo dispuesto por el artículo 9.5 del Código Civil, vigente cuando se constituyó la adopción...": de acuerdo con la ley nepalí, a saber, el *Number 12 A del Chapter on Adoption of the Country Code (Muluki Ain)*, sólo se permite la adopción de menores nepalíes por parejas casadas que lleven al menos cuatro años de matrimonio, con lo que, dado que la interesada no puso en conocimiento de la autoridad nepalí que constituyó la adopción esta circunstancia esencial de su estado civil, dicha autoridad no pudo aplicar el límite de capacidad vigente en dicha legislación, por lo cual la adopción no pudo ser reconocida como válida y, por tanto, no pudo acceder al Registro Civil español por haberse constituido con vulneración de la ley estatal designada por el anterior art. 9.5 Código Civil.

²⁵ *Res. DGRN de 30 de marzo de 1999, sobre adopción vietnamita* (B.I.M.J., nº 1856, p. 3252; *R.E.D.I.*, 2000-I, p. 213, con nota de CAMPUZANO DÍAZ, B.); *Res. DGRN de 6 de mayo de 2000, sobre adopción, cit.*; *Res. DGRN de 5 de febrero de 1998, sobre inscripción de adopción nepalí*.

Por otra, la *Res. DGRN de 20 de enero de 2009, sobre inscripción de adopción (surcoreana)*, respecto de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil Consular de Seúl (Corea del Sur) de un menor surcoreano adoptado por una pareja con doble nacionalidad española y australiana y residente en Australia, relevante en la medida en que sí se plantea la toma en consideración de la ley extranjera fuera de su sede habitual, la equivalencia de efectos, para plantearse dentro de lo que son las funciones de los Cónsules españoles en el extranjero (art. 17 LAI 2007; art. 5.f del *Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963*): "...la aplicación de este(s) precepto(s) obliga a examinar el contenido material del Derecho propio del Estado receptor del Cónsul o Encargado consular, esto es, en el presente caso, la regulación que en materia de constitución, reconocimiento e inscripción de las adopciones existe en el Derecho de Corea del Sur...", a fin de verificar que "...el Estado receptor no se oponga a ello, ni lo prohíba su legislación...". En parecidos términos, la *Res. DGRN de 4 de septiembre de 2009, de adopción internacional*, respecto de la competencia del Cónsul español para inscribir una adopción constituida por autoridad local surcoreana solicitada por un matrimonio entre española y estadounidense, respecto de la que se constata la contrariedad de esta actuación con la legislación interna de Corea del Sur.

III. Observaciones a la labor de la D.G.R.N. en su enfrentamiento con el Derecho extranjero: aplicación versus toma en consideración

De acuerdo con lo expuesto, la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero por parte de la D.G.R.N. se plantea básicamente a la hora de ponderar la equivalencia de efectos entre una adopción constituida por una autoridad extranjera y lo que la normativa española entiende por adopción. En este orden de asuntos y previamente al análisis de esta labor, conviene poner de manifiesto ciertos aspectos relativos a su forma de actuar dirigidos, fundamentalmente, a procurar una más certera calificación de la tarea de la D.G.R.N. enfrentada a un Derecho extranjero.

Evidentemente, no se trata de *aplicación* de Derecho extranjero *stricto sensu*, esto es, no se trata de aparejar una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho de una norma. A nuestro juicio, debería hablarse con mayor propiedad de *toma en consideración* del Derecho extranjero, en este caso, en orden a realizar la ponderación de efectos equivalentes entre adopción extranjera y española²⁶. Todo ello, a pesar de que la D.G.R.N., a la hora de realizar esta ponderación de equivalencias, se pronuncia en numerosas ocasiones emple-

²⁶ Respecto de esta *toma en consideración*, CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional*, 2ª ed., 2004, p. 315; MASEDA RODRÍGUEZ, J., "La toma en consideración del Derecho extranjero por la D.G.R.N. ...", *loc. cit.*, p. 354; LARA AGUADO, A., "Adopción internacional...", *loc. cit.*, p. 131.

ando los concretos términos de *aplicación de Derecho extranjero* e introduciendo en el discurso tanto aquellos preceptos identificativos de una labor propia de *aplicación*, como es, en concreto, el art. 12.6 Código Civil, como términos típicos de lo que es la aplicación del Derecho extranjero, como *prueba* o *interpretación* de la ley extranjera. No obstante, lo hace más como fórmula al uso que pensando en una verdadera *aplicación* del Derecho extranjero, ya que lo cierto es que, en sus resoluciones, la D.G.R.N. nunca llega a profundizar en la problemática propia de este precepto a pesar de que alude efectivamente a su tenor, como tampoco a realizar una labor típica de prueba del Derecho extranjero al estilo de su aplicación judicial.

Tal es lo que se observa en la fórmula empleada por la D.G.R.N. cuando establece: "...si ya la simple aplicación del Derecho extranjero plantea dificultades cuando se trata de acreditar su contenido y vigencia (confr. art. 12.6 Código Civil), es evidente que la tarea es aún más delicada cuando no sólo hay que desentrañar el alcance de una institución extranjera sino, además, efectuar una labor de comparación entre una determinada institución extranjera y la correlativa institución española..." (*Res. DGRN de 14 de febrero de 1998, sobre inscripción de adopción nepalí; Res. DGRN de 5 de febrero de 1998, sobre inscripción de adopción nepalí; Res. DGRN de 30 de marzo de 1999, sobre adopción vietnamita; Res. DGRN de 1 de febrero de 2007, sobre inscripción de adopción etíope; Res. DGRN de 1 de diciembre de 2008, sobre inscripción de adopción; la Res. DGRN de 16 de febrero de 2009, sobre inscripción de adopción; la Res. DGRN de 3 de septiembre de 2009, sobre inscripción de nacimiento derivada de adopción internacional; y así muchas otras*)²⁷. La misma utilización por inercia o fórmula, no descriptiva de una verdadera aproximación a la aplicación de una ley extranjera, puede decirse cuando la D.G.R.N. emplea términos como "...partiendo de la prueba del Derecho etíope disponible en tal momento...", o "...en este proceso interpretativo...", como sucede en la *Res. DGRN de 1 de diciembre de 2008, sobre inscripción de adopción*.

De las resoluciones que se han analizado, sólo una va más allá de la mera utilización de la fórmula al uso, y es una de las resoluciones analizadas más antiguas, aunque sigue sin entrar de lleno en los problemas propios de aplicación del Derecho extranjero. Nos referimos a la *Res. DGRN de 6 de marzo de 1997, sobre adopción china*, en la que se habla de que "...se plantea una cuestión sobre el contenido y vigencia del Derecho extranjero que no es oportuno decidir en este momento..."²⁸.

²⁷ *Res. DGRN de 5 de febrero de 1998, sobre inscripción de adopción nepalí*. Además, *Res. DGRN de 30 de marzo de 1999, sobre adopción vietnamita*, o *Res. DGRN de 14 de febrero de 1998, sobre adopción nepalí* (B.I.M.J., nº 1827-1828, p. 2184).

²⁸ *Res. DGRN de 6 de marzo de 1997, sobre inscripción de adopción china*.

Al hilo de la valoración de la equivalencia de efectos, una observación: la labor de ponderación de equivalencias no suele efectuarse respecto del conjunto del Derecho español, sino exclusivamente respecto de la adopción tal como aparece contemplada en el Código Civil, esto es, en los términos del Derecho común²⁹. Criticable en la medida en que existen más realidades adoptivas que la específicamente recogida en el Código civil español, dada la pluralidad legislativa característica de nuestro ordenamiento jurídico, como sucede con el Derecho de Navarra, Cataluña, o Galicia, por ejemplo³⁰. Con todo, y a pesar de expuesto, puede verse también cómo la D.G.R.N. parece estar abriéndose poco a poco a esta realidad plural del ordenamiento jurídico español. Lo demuestra, por ejemplo, la *Res. DGRN de 12 de junio de 2002, sobre inscripción de adopción internacional*, en la que tiene en cuenta no sólo el Código civil español, sino los arts. 117 a 126 Código de Familia de Cataluña de 1998, para justificar la no exigencia de certificado de idoneidad respecto de la adoptando ucraniana hija del consorte del adoptante. O la *Res. DGRN de 3 de abril de 2002, sobre inscripción de adopción*,

²⁹ Es lo que se ve, por ejemplo, en las menos recientes *Res. DGRN de 13 de noviembre de 1998, sobre adopción guatemalteca*, que habla de "...si se tiene en cuenta que la adopción única que regula el Código civil español..."; o *Res. DGRN de 30 de marzo de 1999, sobre adopción vietnamita*, cuando habla de "...efectos jurídicos distintos de la adopción contemplada en nuestro Código civil..."; como en las más actuales *Res. DGRN de 21 de febrero de 2007, sobre inscripción de adopción etíope*, que habla de "...no guardaba puntos de contacto (la adopción etíope) con la adopción del C.c. español..."; o *Res. DGRN de 1 de diciembre de 2008, sobre inscripción de adopción*, que habla de "...si se tiene en cuenta la adopción única que regula el Código civil español...", términos que emplea asimismo la *Res. DGRN de 16 de febrero de 2009, sobre inscripción de adopción*. También en la *Res. DGRN de 26 de febrero de 2010, de adopción internacional*, ya al amparo de la nueva Ley de adopción, cuando, a la hora de valorar la equivalencia de efectos, habla de si "...se corresponden con la adopción española regulada en el Código Civil...".

³⁰ Sobre estos aspectos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Adopción internacional y sociedad multicultural", *Cursos de Derecho internacional privado de Vitoria Gasteiz*, 1998, pp. 177-211, espec. p. 183-185. Esta actitud de la D.G.R.N. no es extraña en el ordenamiento jurídico español. Lo vemos, por ejemplo, en materia de sucesión internacional, donde se condiciona la admisión del reenvío de retorno al respeto al *principio de unidad y universalidad* de la sucesión propio del Derecho español, presente, a su entender, en el art. 9.8 Código Civil, cuando existen otros Derechos civiles o forales, también *españoles*, entre los que el principio inspirador no es éste (sobre ello, CASTELLANOS RUIZ, E., *Unidad vs. pluralidad legal de sucesión internacional*, Granada, 2001, p. 119; CALVO CARAVACA, A.L., "Art. 9.8 C.c.", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 350-391, p. 359; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge superviviente y el reenvío", *Homenaje al Prof. F.J. Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 131-158, espec. p. 151; véase *RDGRN de 18 de enero de 2005, R.E.D.I.*, 2005-II, p. 1023, con nota de CALVO VIDAL, I.A.). Lo mismo en materia de sucesiones y excepción de orden público internacional, valorado más en función del Derecho común español, excluyendo, muchas veces por inercia, al resto de sistemas civiles o forales convivientes.

en la que, a la hora de ponderar la no-equivalencia de efectos entre la adopción guatemalteca y la española, la D.G.R.N. se apoya en la "...adopción única que regula el Código civil español, como el Código de Familia catalán..."³¹.

IV. La toma en consideración de la ley extranjera en las resoluciones sobre adopción internacional: tratamiento

1. La carga de la aportación del Derecho extranjero

A. D.G.R.N.; JUEZ ENCARGADO DEL REGISTRO; MINISTERIO FISCAL; PARTE INTERESADA

Una vez identificada la sede de esta problemática y realizadas las observaciones expuestas, veremos a continuación el tratamiento que la D.G.R.N. depara al Derecho extranjero: carga de la aportación; medios de prueba; valoración del contenido e interpretación; y casos de no determinación del contenido de la ley extranjera.

Por lo que afecta a la carga de la aportación de la ley extranjera, de las resoluciones consultadas se concluye la ausencia de una noción clara respecto de quién aporta el Derecho extranjero al caso. En este sentido, lo que parece es que es el Juez Encargado del Registro, el Ministerio Fiscal o la propia D.G.R.N. quien se encarga de ello, en una labor que podría calificarse como *ex officio*³². Ello se desprende de fórmulas que el Juez encargado o la D.G.R.N. emplean en sus resoluciones, y que no varían a la largo de la práctica analizada más reciente o más antigua, del estilo de "...minucioso examen del Derecho positivo etíope, con arreglo a los textos normativos de que ha adquirido nuevamente conocimiento oficial este Centro Directivo..."; "...de acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación china..."; "...en vista de las informaciones obtenidas sobre la legislación mexicana..."; o

³¹ Este cambio de actitud del operador jurídico se extiende a más sectores que en adopción internacional, como en sucesión internacional, donde cierta práctica se muestra más abierta a la consideración no sólo del Derecho común, sino también del resto de Derechos convivientes (sobre ello, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Dos cuestiones...", *loc. cit.*, p. 149, nota núm. 33; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)", *R.E.D.I.*, 2001, pp. 49-74, espec. pp. 60-61; véase, por ejemplo, *Sent. Aud. Prov. de Tarragona de 13 de mayo de 2004*, o *Sent. Aud. Prov. de Alicante de 27 de febrero de 2004*).

³² ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord), *Regulación de la adopción internacional...*, *op. cit.*, p. 303; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional...*, *op. cit.*, 2004, p. 316, que mencionan a Juez Encargado del Registro, Ministerio Fiscal o la propia D.G.R.N.; MASEDA RODRÍGUEZ, J., "La toma en consideración del Derecho extranjero por la D.G.R.N. ...", *loc. cit.*, pp. 351-360; CALVO BABÍO, F., *Aplicación judicial del Derecho extranjero en materia de familia*, Valencia, 2010, p. 68.

“...según el conocimiento adquirido de dicha legislación por este Centro Directivo, el procedimiento de adopción en República Dominicana...”³³.

En este orden de asuntos, significativa es la *Res. DGRN de 24 de septiembre de 2002, sobre adopción ecuatoriana*. El Juez Encargado del Registro denegó la inscripción de nacimiento de una menor adoptada en Ecuador por ausencia de una equivalencia de efectos entre la adopción española y la ecuatoriana, basándose en los arts. 343 y 345 Código civil de Ecuador, traído a la causa a través de informe del Cónsul español en Quito. El Ministerio Fiscal y los promotores recurrieron, alegando la equivalencia de efectos, si bien sin aportar más prueba del Derecho ecuatoriano. La D.G.R.N. estimó el recurso, y lo hizo con base en la aplicación de la nueva regulación ecuatoriana de adopción, el Código de Menores de 1992, que había sustituido al Código civil ecuatoriano. El dato relevante es que esta normativa fue aportada directamente por la D.G.R.N. con base en su propio conocimiento (podría decirse, *de oficio*), ya que ni Juez Encargado ni Ministerio Fiscal o interesados la aportaron, ni en su resolución consta cómo la D.G.R.N. llegó a conocer el tenor del Derecho ecuatoriano.

Lo mismo podría decirse de la más reciente *Res. DGRN de 21 de octubre de 2008, sobre inscripción de adopción*, respecto de la inscripción de un menor guatemalteco que había sido adoptado conforme a la legislación de su Estado por un nacional hispano-estadounidense y una nacional española residentes en EE.UU.: en este caso, la D.G.R.N., en la valoración de los efectos de la adopción constituida ante la autoridad extranjera, llega a la conclusión de que “...la adopción guatemalteca sólo produce efectos entre adoptante y adoptado...”, si bien no muestra en su resolución cómo ha llegado al conocimiento del Derecho guatemalteco, no empleando tampoco la fórmula al uso.

El Ministerio Fiscal, por su parte, en aquellos casos en los que se opone a lo decidido por el Juez Encargado del Registro, lo hace con base en la descripción que el propio órgano ministerial realiza sobre el Derecho extranjero, si bien sin que conste específicamente cómo ha llegado a su conocimiento³⁴. Es lo que se observa en la *Res. DGRN de 12 de julio de 1996, sobre inscripción de adopción dominicana*; o en la *Res. DGRN de 14 de marzo de 2007, sobre inscripción de adopción*, en la que el Ministerio Fiscal estima que “...la

³³ *Res. DGRN de 6 de mayo de 2000, sobre adopción*; *Res. DGRN de 5 de febrero de 1998, sobre inscripción de adopción nepalí*; *Res. DGRN de 14 de febrero de 1998, sobre adopción nepalí*; *Res. DGRN de 6 de marzo de 1997, sobre inscripción de adopción china*; o *Res. DGRN de 16 de septiembre de 1996, sobre adopción mexicana* (B.I.M.J., nº 1792, p. 624; R.E.D.I., 1998-I, p. 310, con nota de ESTEBAN DE LA ROSA, G.); *Res. DGRN de 15 de abril de 2008, sobre inscripción de adopción*.

³⁴ Por ejemplo, *Res. DGRN de 12 de julio de 1996, sobre inscripción de adopción dominicana* (B.I.M.J., nº 1788-1789, p. 113; R.E.D.I., 1997-II, p. 270, con nota de CALVO BABÍO, F.).

legislación hindú contempla que la adopción es plena...”, si bien sin pronunciarse respecto a cómo llegó a este conocimiento. Idéntica forma de actuar se refleja en la *Res. DGRN de 21 de marzo de 2006, sobre opción a la nacionalidad española y adopción marroquí*, en la que el Ministerio Fiscal “...informó que, de acuerdo con la legislación marroquí, la *Kafala* no establece ningún vínculo de filiación...”.

La parte interesada (de ordinario, los adoptantes) no suele aportar el Derecho extranjero, labor que tampoco le viene exigida por la D.G.R.N.³⁵, limitándose más bien *valorar* su tenor cuando recurre la decisión del Juez Encargado del Registro³⁶. La razón puede estar tal vez no tanto en una cierta pasividad de la parte, como en las dificultades y en el desconocimiento que tienen los particulares en cuanto a dónde y a quién acudir para obtener los certificados acreditativos de la ley extranjera que se les exigen o son necesarios en el Registro Civil³⁷.

Tal es así en la *Res. DGRN de 7 de diciembre de 2002, sobre adopción guatemalteca*, en la que el Juez Encargado del Registro Civil Central deniega la inscripción de adopción por revocabilidad de las adopciones guatemaltecas (según información de la Embajada de Guatemala en Madrid), que fue recurrida por los promotores alegando éstos que la adopción era irrevocable, y, de nuevo, sin aportar norma guatemalteca que lo demostrase. Lo mismo sucedió en la *Res. DGRN de 4 de julio de 2005, sobre inscripción de adopción argentina*. En esta línea se halla asimismo la *Res. DGRN de 20 de enero de 2009, sobre inscripción de adopción constituida en el extranjero*, respecto de la solicitud de inscripción de nacimiento de un hijo adoptado en Guinea Bissau, que es denegada por el Juez Encargado del Registro por infracción del art. 1981 de la Ley Guineana en cuanto establece como requisito para la adopción plena que los adoptantes sean dos personas unidas en matrimonio desde hace más de diez años, no separadas judicialmente y sin descendientes legítimos. Ante ello, el interesado interpone recurso ante la D.G.R.N. solicitando la inscripción de nacimiento de su hijo, alegando que “...la calificación está basada en una legislación no vigente actualmente en Guinea-Bissau como es el *Código Civil Portugués de 25 de noviembre de 1966*, y que hay efectuadas otras adopciones de Guinea Bissau efectuadas por matrimonios de menos de 10 años, y también hay adopciones monoparentales...”. Y todo ello, que es lo que ahora interesa, sin traer prueba del cambio en la ley extranjera vigente, ni

³⁵ En este sentido, ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord), *Regulación de la adopción internacional...*, *op. cit.*, p. 303. Con matices, CALVO BABÍO, F., *Aplicación judicial del Derecho extranjero...*, *op. cit.*, p. 71.

³⁶ CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional...*, *op. cit.*, 2004, p. 316, respecto del papel poco activo que desempeña la parte interesada.

³⁷ Con carácter general, LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., “Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil”, en *Registro Civil...*, *op. cit.*, p. 94.

de norma y/o práctica jurisdiccional de este Estado extranjero que refrendase su alegación. La D.G.R.N. desestima el recurso, entendiendo que la adopción fue constituida con infracción de la ley de Guinea-Bissau, limitándose a justificar su tenor "...conforme al conocimiento oficial adquirido por este Centro Directivo del contenido material del Derecho aplicable en materia de adopciones en Guinea Bissau, obtenido por mediación de la Embajada de España en D...", y sin llegar a valorar tampoco en su Resolución la existencia o no de una sucesión de leyes en el tiempo (conflicto internacional transitorio).

Solamente en dos de los casos analizados la parte introdujo el Derecho extranjero³⁸. En uno, en concreto, la ley venezolana de adopción de 1983, que había sustituido a la ley de 1972, y lo hizo a través de fotocopias, como se ve en *Res. DGRN de 11 de marzo de 1997, sobre inscripción de adopción venezolana*³⁹. Y en otro, el Código de Menores ecuatoriano de 1992 que había derogado tácitamente a los arts. 332 y ss Código de Ecuador, y que fue introducido a partir de una certificación del Tribunal de Menores de G. (Ecuador) debidamente legalizado por el Consulado de España en Ecuador, en el que "...se certifica que las adopciones que se conceden en este país se rigen por el Código de Menores de 1992...", tal como se dice en la *Res. DGRN de 9 de septiembre de 2002, sobre inscripción de adopción ecuatoriana*.

En el ámbito extrajudicial, el papel de las partes no es tan determinante como en el judicial. Las reglas especiales que, con carácter general, regulan la aplicación de una ley extranjera por autoridades no judiciales conceden, como veremos, un papel importante a las propias autoridades a la hora de su acreditación (por ejemplo: suficiencia del propio conocimiento privado como título para acreditar y aplicar un Derecho extranjero). Incluso en aquellos casos en los que la práctica de la D.G.R.N. viene exigiendo que el Derecho extranjero sea objeto de prueba por las partes interesadas, como sucede en el ámbito del Registro de la Propiedad a la hora de probar la ley extranjera aplicable a la capacidad de obrar y a la forma de un acto a fin de acceder a este Registro (p.e.: *Res. DGRN de 27 de abril de 1999*; o *Res. DGRN de 19 de febrero de 2004*), puede eximirse de esta prueba si el Registrador acredita conocimiento suficiente de este Derecho extranjero (art. 36 RH). Por el contrario, en el ámbito de la aplicación judicial de la ley extranjera, y de acuerdo con lo que es la práctica mayoritaria en el ordenamiento jurídico español, el papel de las partes es determinante, habida cuenta de que se les exige la alegación y prueba de la vigencia, contenido e interpretación del Derecho extranjero para proceder a su aplicación⁴⁰.

³⁸ LARA AGUADO, A., "Adopción internacional...", *loc. cit.*, p. 131, que habla de la posibilidad de la parte interesada de aportar efectivamente la ley extranjera; o CALVO BABÍO, F., *Aplicación judicial del Derecho extranjero...*, *op. cit.*, p. 71.

³⁹ *Res. DGRN de 11 de marzo de 1997* (B.I.M.J., nº 1823, p. 1509).

⁴⁰ Sobre esta cuestión, VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, 2007, pp. 526-530; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Sobre la norma de conflicto...*, *op. cit.*, *passim*.

B. EL PAPEL DE LA D.G.R.N. EN LA APORTACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO: DESARROLLO.

Y se ha empleado la palabra *parece* a la hora de poner de manifiesto que es el Juez Encargado del Registro, el Ministerio Fiscal o la propia D.G.R.N. quien se encarga de oficio de aportar el Derecho extranjero, en vista de que los términos empleados para decidir esta cuestión, lejos de ser tajantes, resultan vagos e imprecisos⁴¹. Así, tal como hemos visto, se habla de “...de acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación china...”, o “...en vista de las informaciones obtenidas sobre la legislación mexicana...”, y nunca se emplean expresiones más contundentes como “...tal como ha sido acreditado el Derecho extranjero...”, o “...tras prueba plena del Derecho extranjero...”.

Podría entenderse, no obstante y al igual que sucede en sede jurisdiccional, que no existe una obligación por parte de un Juez Encargado del Registro o de una D.G.R.N. que desconozca la normativa extranjera de averiguar por sus propios medios su vigencia y contenido, normalmente, a través de los medios previstos por el legislador español o por la consulta de la práctica extranjera (consulta a Embajada o Cónsul, Notario, y resto de medios), dado que el art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, tal como viene siendo entendido, ubica en la parte interesada la carga de probar la normativa extranjera. El éxito de la parte interesada en el resultado de esta tarea permitiría a la D.G.R.N. tomar en consideración la ley extranjera y proceder, en su caso, a la inscripción de la adopción. Por el contrario y siguiendo con este razonamiento, su pasividad o actividad deficiente en torno a la prueba debería conducir, tal como veremos, a negar la inscripción, habida cuenta de que no se ha conseguido ilustrar suficientemente a la D.G.R.N. en el contenido del Derecho extranjero, y, con ello, a situarla en una posición que le permita valorar una posible equivalencia de efectos entre adopción española y extranjera.

Ahora bien, a pesar de lo expuesto, no debería dejar de considerarse la posibilidad de sostener la aportación de la ley extranjera por iniciativa del Juez Encargado del Registro o de la propia D.G.R.N. en estos casos de adopción internacional, tal como parecen estar comportándose estas autoridades en la mayoría de las resoluciones analizadas hasta el momento.

Por una parte, este proceder no está reñido con el tenor del art. 12.6 Código Civil, regulador de la aplicación de una ley extranjera, que entiende la aplicación de oficio de las normas de conflicto del Derecho español referida no sólo a los órganos jurisdiccionales, sino también, como vimos, respecto de las autoridades no judiciales. Ello debería conducir, en consecuencia, a la toma en consideración también de oficio de la ley extranjera reclamada por la normativa española reguladora de la adopción internacional. O, lo que es lo

⁴¹ CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional...*, op. cit., 2004, p. 316, hablan de práctica caótica en relación a quién aporta el Derecho extranjero en las resoluciones de la D.G.R.N.

mismo, abandonar en manos de las partes la averiguación del Derecho extranjero, esto es, permitir que el mandato de la norma en su remisión a una ley extranjera pueda no ser ejecutado por una actitud pasiva de las partes (a las partes no les interesa la ley extranjera; o, interesándoles, no consiguen su prueba, o no consiguen convencer al órgano de su tenor), dejaría sin efecto real el mandato original y previo estableciendo su aplicación de oficio (art. 12.6.I Código civil)⁴².

Por otra, no debe olvidarse que las legislaciones nacionales en sus diversas expresiones territoriales, así como toda la normativa convencional vigente, regulan la adopción a través de un complejo entramado normativo que se halla sustentado, y esto es lo ahora relevante, en el interés del menor como bien jurídico superior a proteger. Tal es así en el *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección de menores y cooperación internacional en materia de adopción internacional* y en la *Convención de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1989 sobre los derechos del niño*⁴³, que inspiran la regulación doméstica, como en la normativa autónoma anterior del art. 9.5 Código Civil y la actual de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*⁴⁴, como se refleja, por ejemplo, en sus arts. 2 y 4 LAI 2007, que

⁴² En el ámbito extrajudicial, véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, op. cit., 2009, pp. 167-168; LARA AGUADO, A., “Adopción internacional...”, loc. cit., p. 130. Como vemos, se estaría partiendo del hecho de que la aplicación de oficio de una norma de conflicto debería llevar aparejada, en consecuencia, la averiguación también de oficio de la normativa extranjera que reclama. En la práctica jurisdiccional, no obstante, ello no es así: la práctica judicial mayoritaria, como es sabido, habla de la aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte, lo que no es consecuente con el párrafo primero del art. 12.6 C.c. por lo ya expuesto. Así se ve, p.e., en la *STS de 5 de marzo de 2002*, que distingue a aplicación de oficio del art. 9.8 Código Civil, de la aplicación del propio Derecho material extranjero “...que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal...”.

⁴³ *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección de menores y cooperación internacional en materia de adopción internacional* (Boletín Oficial del Estado, 1 de agosto de 1995); *Convención de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1989 sobre los derechos del niño* (Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 1990, nº 313).

⁴⁴ Véase el punto II de la Exposición de Motivos de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*, cuando dice: “En aplicación de la Constitución y de los instrumentos legales internacionales en vigor para España, esta nueva norma concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Asimismo, se pretende evitar y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, asegurando al mismo tiempo la no discriminación del menor por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. Cabe añadir que la presente Ley debe ser siempre interpretada con arreglo al principio del interés superior de los menores, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional”. O el punto III de esta misma Exposición de Motivos de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*, que habla de “...el objetivo pre-

lo refieren como principio básico, o los arts. 20 o 31 LAI 2007, en sede de constitución de una adopción por autoridad española y de reconocimiento de una resolución extranjera de adopción, respectivamente⁴⁵. O, lo que es lo mismo, en muchas ocasiones el legislador condiciona la labor de las autoridades judiciales y no judiciales españolas que se enfrentan a una adopción internacional a la salvaguarda del interés superior del menor. En el ámbito en el que ahora nos encontramos, que es el del reconocimiento de adopciones constituidas por autoridades extranjeras, el interés del menor podría traducirse en la garantía de la integración del adoptado en la familia de acogida: no parece discutible que uno de los mayores beneficios legales que, en el contexto internacional, existe para un menor necesitado de protección, resulta de su completa integración en una familia adecuada mediante la figura de la adopción, habida cuenta de que es ésta la institución legal que presenta un grado mayor de integración familiar en un núcleo familiar por la conversión del menor adoptado en *hijo*⁴⁶.

Pues bien, a nuestro juicio, el interés superior del menor podría mediatizar el papel de las autoridades extrajudiciales españolas (y judiciales), en lo que ahora interesa y al igual que sucede en otras sedes, también en el tema de la aplicación de la ley extranjera en el ámbito de las adopciones internacionales. A tal efecto, no es nuevo pensar que la aportación de oficio de la normativa extranjera por parte de la autoridad competente que se halla vinculada por una normativa orientada materialmente va a permitir satisfacer con mayor garantía la finalidad material y la imperatividad reforzada de las normas reguladoras, en este caso, de la adopción internacional: se traerá así a la causa aquella normativa extranjera que permite al Juez Encargado del Registro o a la D.G.R.N. valorar la equivalencia de efectos entre adopción extranjera y española, permitir en su caso la inscripción en el Registro Civil español, y reconocer así al menor adoptado en el extranjero como hijo a efectos del ordenamiento jurídico español, facilitando de este modo la integración plena del menor en la familia de acogida.

tendido por esta Ley de establecimiento de garantías de las adopciones tomando siempre como guía el interés superior de los menores...". Sobre el factor *interés del menor* y sus límites y contenido, véase BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "El interés del menor como factor de progreso y unificación", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994, pp. 915-992; o HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 2004.

⁴⁵ Véase el art. 20 LAI 2007, cuando permite a la autoridad española competente para la constitución de la adopción exigir los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando, siempre que repercuta en interés del adoptando; o el art. 31 LAI 2007, que exige tener en cuenta el interés superior del menor respecto de la operatividad de la excepción de orden público a la hora del reconocimiento de una decisión extranjera de adopción.

⁴⁶ Así, CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, 2003, pp. 31-34.

En consonancia con lo expuesto y en ausencia de respuesta *ad hoc* en el contexto extrajudicial, no nos parece adecuado trasladar a este ámbito la práctica mayoritaria que, en sede judicial y en interpretación de los arts. 12.6 Código Civil y 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, ubica la carga de la alegación y prueba de una ley extranjera, con carácter general, sólo en manos de las partes, con un juez desempeñando una labor fundamentalmente colaboradora. No estamos negando con ello el papel fundamental de la parte: el solicitante que insta la inscripción en el Registro Civil español de una adopción constituida ante una autoridad extranjera es el más interesado en la aportación de aquella normativa que va a permitir al Juez Encargado del Registro o a la D.G.R.N. verificar la equivalencia de efectos entre adopciones e inscribir posteriormente. Y en eso el sistema lo ampara. Lo que decimos es que el interés superior del menor puede inclinar la balanza a favor de la ubicación de la aportación de la ley extranjera no sólo en manos de las partes, sino también en las del Juez Encargado del Registro o la D.G.R.N. en un contexto en el que queda diluido un eventual principio dispositivo: recuérdese que la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 entiende que un eventual principio dispositivo quiebra "...en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción...". Téngase en cuenta, además, como veremos más adelante, la en ocasiones escasa colaboración de muchas de las Embajadas y Consulados extranjeros acreditados en España, que dificultan la labor de la parte interesada al negarse a expedir certificaciones sobre su legislación incluso a sus propios nacionales⁴⁷.

Visto lo visto, nada impide al Juez Encargado del Registro o a la D.G.R.N. traer la ley extranjera a la causa por propia iniciativa o de oficio, como parece estar sucediendo en la práctica de acuerdo con las resoluciones que hemos analizado, supliendo una eventual pasividad o imposibilidad de la parte. Del mismo modo, nada impide al órgano registral que no conoce el Derecho extranjero completar la falta de actividad probatoria de quien solicita la inscripción a través de los medios de los que dispone⁴⁸. Labor ésta que, con menos dudas, podría entenderse como una *obligación* cuando, habiendo presentado la parte elementos de prueba suficientes del contenido del Derecho extranjero, el órgano registral (o la D.G.R.N., en nuestro caso) estime que no se encuentra suficientemente ilustrado (no conoce el Derecho extranjero, o, conociéndolo, su percepción difiere de lo aportado por la parte): en este caso, debe ser exigida, antes de actuar en consecuencia (como veremos, rechazando

⁴⁷ Sobre ello, ALBERDI VECINO, F., "Registro Civil y elemento extranjero...", *loc. cit.*, p. 56; LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., "Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil...", *loc. cit.*, p. 94.

⁴⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Comentario al art. 12.6 C.c.", en *Comentarios...*, *loc. cit.*, p. 1077, en relación con el Registrador de la Propiedad.

la inscripción), justificación suficiente de este proceder en orden a desautorizar los elementos probatorios ya presentados⁴⁹.

Con todo ello se garantiza que una eventual no inscripción de la adopción extranjera y, con ello, la no integración plena del menor en la familia de acogida, va a derivar, entre otras razones, de la verificación de una efectiva ausencia de equivalencia de efectos con las adopciones españolas; y no de la ausencia de prueba de la normativa extranjera que permite verificar la existencia o ausencia de esta equivalencia de efectos. Proceder de este modo se ajusta mejor, a nuestro juicio, a las exigencias de la salvaguarda del interés del menor.

En fin, en este orden de asuntos, téngase en cuenta también el papel que juega a la hora de su aplicación el conocimiento privado que del Derecho extranjero tienen las autoridades no judiciales: frente a los órganos jurisdiccionales, cuyo conocimiento no puede suplir la ausencia de prueba del Derecho extranjero en el proceso⁵⁰, el legislador español viene admitiendo a favor de

⁴⁹ ARENAS GARCÍA, R., *Registro mercantil... op. cit.*, p. 424, en el ámbito del Registro Mercantil. Recuérdense, en el ámbito jurisdiccional, las repercusiones de la *STC 10/2000, de 17 de enero*, cuando transforma la *facultad* reconocida al juzgador en el art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 en un *deber* con trascendencia constitucional (art. 24.2 Constitución Española): existencia de un derecho de la parte que introduce el Derecho extranjero en el proceso y agota sin éxito los medios de prueba que dispone para su averiguación (conducta diligente), a una activa colaboración judicial en la realización de esta tarea, a través de los medios que el ordenamiento le concede precisamente con este propósito (obtención de prueba plena del Derecho aportado: convencimiento razonable). Sobre ello, CARBALLO PIÑEIRO, L., “El carácter imperativo de la norma de conflicto...”, *loc. cit.*, pp. 485-504; MASEDA RODRÍGUEZ, J., “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2002, pp. 413-446.

⁵⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Comentario al art. 12.6 C.c.”, en *Comentarios...*, *loc. cit.*, par. IX.3, entiende que, en relación a la utilización de su conocimiento privado, el legislador español ha concedido mayor confianza a ciertas autoridades no judiciales (notarios, p.e.) que a los jueces. Es cierto que existe jurisprudencia que, en el ámbito judicial, permite la aplicación del Derecho extranjero a partir del conocimiento que de su tenor tenga el juzgador. Así se ve en la *STS de 10 de junio de 2005*, que permite al juez aplicar de oficio el Derecho extranjero si lo conoce, como en la *Sent. Aud. Prov. Valencia de 3 de abril de 1982 (R.G.D., 1982, pp. 1137-1139)*, cuando entiende que “...la norma extranjera debe ser objeto de prueba sólo en cuanto sea desconocida por el juzgador, pues, respecto de ella, el principio de aportación de parte no rige como para la prueba de los hechos; esto es, la norma extranjera será objeto de prueba en tanto el Tribunal la desconozca, pero éste puede utilizar sus conocimientos sobre ese Derecho...; lo contrario conduciría al absurdo de que un Tribunal, conociendo el Derecho extranjero, no lo pudiera aplicar...”. No obstante, no parece ser intención de la ley permitir al juez suplir la prueba del Derecho extranjero a través de su propio conocimiento: de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, el art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 ubica en las partes la prueba de la ley extranjera, independientemente de que el juzgador lo conozca. La exigencia de un mínimo principio de prueba en el procedimiento se ajusta mejor a los principios constitucionales, al actuar como garantía constitucional y evitar decisiones arbitrarias. Sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, 2009, p. 159.

las autoridades no judiciales la posibilidad de aplicar la ley extranjera a partir de su propio conocimiento⁵¹. Así sucede, por ejemplo, con el Juez Encargado del Registro Civil: su conocimiento de la ley extranjera puede resultar suficiente para determinar la adecuación de un hecho o de un documento al Derecho extranjero que se trate (art. 91 Reglamento del Registro Civil), y, en su defecto, ahora sí, puede recurrir a un Notario español, o a un Cónsul español o extranjero⁵². Lo mismo sucede con el Notario que se enfrenta a la aplicación de una ley extranjera cuando otorga escritura pública que afecta a personas de distinta nacionalidad, cuando se califican actos celebrados en el extranjero, casos en los que se plantea la necesidad de aplicación de la ley nacional reguladora de la capacidad (art. 9.1 Código Civil) o cuando deben tenerse en cuenta leyes extranjeras que rigen la validez de un acto o contrato, un tema de sucesiones o la valoración del régimen económico matrimonial de una pareja: de nuevo el legislador admite la posibilidad de la aplicación de la ley extranjera a partir del conocimiento privado que el Notario ha adquirido de esta norma extranjera (art. 168 Reglamento Notarial)⁵³. Lo mismo puede decirse en el ámbito del Registro de la Propiedad, donde la autoridad puede hacer valer su propio conocimiento privado a la hora de aplicar la ley extranjera correspondiente a la capacidad de obrar y a la forma y condiciones de la validez de un acto cara al reconocimiento de la fuerza registral de documentos otorgados en el extranjero (art. 36 Reglamento Hipotecario)⁵⁴.

Otra cosa es que sea más o menos aconsejable que la autoridad no judicial complete su conocimiento privado de la ley extranjera con el correspondiente informe o documento emitido por cualquiera de las autoridades permitidas por el legislador español en cada caso (Notario, Cónsul español, Cónsul extranjero, etc...), a fin de que no caiga sobre la autoridad no judicial la responsabilidad que se pudiera derivar de una errónea apreciación del contenido de este Derecho extranjero⁵⁵.

⁵¹ Véase *Res. DGRN de 5 de febrero de 2005*. También, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Comentario al art. 12.6 C.c.”, en *Comentarios...*, *loc. cit.*, pp. 1050-1051; o FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, 2009, p. 167.

⁵² Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Comentario al art. 12.6 C.c.”, en *Comentarios...*, *loc. cit.*, par. IX.2.

⁵³ En sus decisiones, el Notario debe hacer constar la circunstancia de aplicación del Derecho extranjero con base en su conocimiento privado, a riesgo de que su decisión pueda ser revocada por la D.G.R.N. (véase *Res. DGRN de 1 de marzo de 2005*; o *Res. DGRN de 5 de febrero de 2005*). En el Registro Mercantil, el Registrador, que también puede hacer uso de su conocimiento privado, debe hacerlo constar; sobre ello, ARENAS GARCÍA, R., *Registro mercantil...*, *op. cit.*, p. 422.

⁵⁴ Véase también ARENAS GARCÍA, R., *Registro mercantil...*, *op. cit.*, p. 422, en relación con admisión del conocimiento privado de la ley extranjera por parte del Registrador en el Registro Mercantil.

⁵⁵ Sobre ello, en relación con el Registrador en el Registro Mercantil, ARENAS GARCÍA, R., *Registro mercantil...*, *op. cit.*, pp. 422-423. También, SÁNCHEZ LORENZO, S., “Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles...”, *loc. cit.*, p. 2001.

Por ello no debería extrañar el papel que el Juez Encargado del Registro o la propia D.G.R.N. juega a la hora de aportar el Derecho extranjero en materia de adopción internacional. Más todavía si tenemos en cuenta el amplio bagaje existente sobre toma en consideración del Derecho extranjero que obra en su poder, lo que permite un amplio conocimiento del mismo. Dado que muchas de las adopciones provienen de los mismos países, la D.G.R.N. opera, sin duda, con *dossiers* muy fiables relativos a la ley extranjera propios de estos Estados. Repárese, en este sentido, en las *Fichas de información sobre los países de origen* que aparecen en la página web del Ministerio de Sanidad y Política Social, o en las Consejerías o Consellerías de las diferentes Comunidades Autónomas (por ejemplo: *Consellería de Traballo e Benestar* de la Xunta de Galicia), lo que, unido a la especialización de la D.G.R.N., en este caso, relativa a adopción internacional, facilita sin duda el acceso a un conocimiento propio y más preciso de la normativa extranjera⁵⁶.

2. Medios de aportación del Derecho extranjero: flexibilidad

Una vez visto quién soporta la carga de la aportación de la ley extranjera, respecto del *cómo*, la práctica analizada, tanto la posterior a 2007 de entrada en vigor de la nueva Ley como la anterior, viene mostrando una flexibilidad importante en el desarrollo de esta fase, así como la utilización y asunción de múltiples medios⁵⁷. La valoración, en principio, positiva de este dato, contrasta, no obstante, con la crítica a la actuación de la D.G.R.N. cuando viene entendiendo como suficientes una serie de medios para llegar al conocimiento del Derecho extranjero, a nuestro juicio, poco fiables o imprecisos, más todavía si se toma como referencia cómo discurre esta fase en sede judicial.

En la práctica judicial, como es sabido, son más rígidos los medios a partir de los cuales se trata de aportar la ley extranjera: con carácter general, prueba pericial (dos jurisconsultos del país extranjero); más prueba documental a través de documentos públicos o intervenidos por fedatario público (autoridad ministerial correspondiente; diplomáticos o cónsules españoles en el extranjero, o extranjeros en España). Con todo, en este ámbito, se observa una tendencia saludable a la flexibilización: se sigue requiriendo una prueba documental (p.e.: certificación emitida por las autoridades consula-

⁵⁶ LARA AGUADO, A., “Adopción internacional...”, *loc. cit.*, p. 132, que alude a las *Fichas de Legislación de adopción internacional por países* que se encontraban en la página web del, en aquellos momentos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

⁵⁷ Señalando esta flexibilidad en el empleo de distintos medios de averiguación de la ley extranjera en sede de resoluciones de la D.G.R.N. en materia de adopción, LARA AGUADO, A., “Adopción internacional...”, *loc. cit.*, p. 131; CALVO CARAVACA, A.L./J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional...*, *op. cit.*, 2004, p. 316; MASEDA RODRÍGUEZ, J., “La toma en consideración del Derecho extranjero por la D.G.R.N. ...”, *loc. cit.*, pp. 351-360.

res⁵⁸), que a veces opera como prueba única de acreditación de la ley extranjera⁵⁹, esto es, suficiente para llegar al conocimiento de su alcance, contenido e interpretación, esto es, sin tener que recurrir a prueba pericial complementaria, dada la no necesidad de una interpretación especial⁶⁰. En la práctica registral, en cambio, la idea general es la flexibilización. Con carácter general, la D.G.R.N. admite como medios de prueba documental también los documentos privados o generales, las colecciones legislativas o las obras doctrinales, que no son admitidos en sede judicial; y, además, la D.G.R.N. viene entendiendo la no necesidad de una prueba pericial, a pesar de que la prueba documental sólo puede aportar el texto literal de la ley extranjera y, eventualmente, su vigencia, pero no su alcance e interpretación⁶¹. De ahí la posibilidad que tiene el Encargado del Registro Civil, por ejemplo, de acudir, además de a su conocimiento privado, en su defecto y alternativamente, a testimonio del Cónsul extranjero en España, del Cónsul de España en ese Estado extranjero, o testimonio de un notario español, para "...comprobar la adecuación de un hecho o documento al Derecho extranjero..." (art. 15 Ley del Registro Civil; art. 91 Reglamento del Registro Civil)⁶²; o de acudir al título público correspondiente, a una certificación oficial del Re-

⁵⁸ Véase, por ejemplo, la *Sent. Aud. Prov. de Barcelona de 28 de septiembre de 2004*, respecto de la certificación del Cónsul general de Suiza, adjuntando fotocopias en las que certifica la reproducción fiel y exacta del original publicado en el *Recueil systématique du droit fédéral* (FD. III), con su correspondiente traducción.

⁵⁹ Véase, por el contrario, la *STS de 23 de octubre de 1992* (Ref. Aranzadi, nº 8280, con nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J., *R.E.D.I.*, 1993-II, pp. 500-509), respecto de la no-suficiencia de la prueba pericial única, requiriendo documental; tampoco, *mero informe* emitido por letrado extranjero, en el caso, irlandés, en la *Sent. Aud. Prov. de Granada de 19 de julio de 2003*, que no constituyó prueba suficiente.

⁶⁰ Así, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, op. cit., 2009, p. 164. Así se entiende, p.e., en la *Sent. Aud. Prov. de Granada de 19 de julio de 2004*, en la que, aportado en autos la Ley Irlandesa de Sucesiones de 1965, actualmente vigente y debidamente traducida, remitida por el *Government Publications-Sur Allianz House*, el juzgador se considera suficientemente ilustrado sobre los límites de la facultad de testar y disponer, sobre las legítimas (art. 76 Act 1965) y sobre la interpretación del art. 117 Act 1965, que entiende, en relación a los hijos, como un "...derecho alimenticio a cargo de la herencia..." "...interpretación que haya de darse desde nuestra óptica resulta meridiana y no exige mayor probanza..." (FD III); o en la *Sent. Aud. Prov. de Barcelona de 28 de septiembre de 2004*, en la que se afirma que "...la referencia a la falta de jurisprudencia de los Tribunales suizos debe rechazarse..., pues entendemos que la interpretación del art. 91.1 Ley suiza... no genera dudas interpretativas" (FD V).

⁶¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, op. cit., 2009, p. 163.

⁶² Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Comentario al art. 12.6 C.c.", en *Comentarios...*, loc. cit., par. IX.2, que critica esta disposición, entendiendo que debería otorgarse un carácter diferente a estas alternativas, esto es, si es más sencillo acreditar o probar un Derecho extranjero por Cónsul extranjero en España que por Notario español, partiendo de que, como regla general, el conocimiento del Derecho extranjero siempre será más exacto y riguroso por el funcionario extranjero.

gistro extranjero regular y auténtico, o la declaración oficial extranjera, a la hora de aplicar un Derecho extranjero en relación a hechos acaecidos en el extranjero que afecten al estado civil de españoles y a hechos acaecidos en España que afecten al estado civil y que se rijan por una ley extranjera (art. 38.3 Ley del Registro Civil; art. 152 Reglamento del Registro Civil). Y de ahí también que sea habitual recurrir a comunicaciones directas por correo, fax o por vía telemática con organismos públicos, registros y en el ámbito consular (por ejemplo: *Consulta a la DGRN de 2 de diciembre de 2004 y de 10 de febrero de 2005, sobre adopción de menor vietnamita*); o que se empleen habitualmente comisiones rogatorias (*Res. DGRN de 13 de julio de 1956*), comunicaciones telefónicas (*Res. DGRN de 13 de octubre de 1976*), dictámenes del Consejo de Estado (*Orden de 1 de febrero de 1979*) o de la Cámara de Comercio (*Res. DGRN de 14 de agosto de 1971*), o resoluciones anteriores que contienen el Derecho extranjero que resulta aplicable⁶³.

El primero de los medios habituales referidos en la práctica analizada de la D.G.R.N. en materia de adopción internacional hace referencia a las *fotocopias*⁶⁴. A estos efectos, cuando se habla de fotocopias, se alude a las *meras fotocopias* o *fotocopias simples*, y, aunque en muchas ocasiones no se especifica, podrían ser entendidas como reproducciones de Códigos de legislación, compilaciones, manuales o publicaciones especializadas en las que se reproduce la normativa extranjera sobre adopción. Con todo, si bien esto es así, lo cierto es que cuando se especifica el origen de la fotocopia, éste suele coincidir con Códigos civiles o leyes especiales de adopción, tal como sucede, por ejemplo, con la *Res. DGRN de 12 de julio de 1996, sobre inscripción de adopción dominicana*, en la que se adjuntan fotocopias del Código civil dominicano sobre adopción.

Junto con fotocopias *simples*, muchas de las resoluciones analizadas introducen el concepto de fotocopias *compulsadas*. Ahora bien, a pesar del empleo de este término, su significado resulta de difícil comprensión; o, lo que es lo mismo, el uso de este término por parte de la D.G.R.N. no aclara las dudas respecto de qué debe entenderse exactamente por una *fotocopia compulsada*:

⁶³ Poniendo de manifiesto esta flexibilidad en el empleo de distintos medios de averiguación de la ley extranjera, más en general, en el ámbito extrajudicial de aplicación del Derecho extranjero, ALBERDI VECINO, F., "Registro Civil y elemento extranjero. Problemática en cuanto a la ley aplicable", en *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración, Cuadernos de Derecho Civil*, 2004, pp. 39-81, espec. p. 54; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, op. cit., 2009, p. 170; SÁNCHEZ LORENZO, S., "Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles...", loc. cit., p. 2001. En particular, en materia de adopción internacional, en relación al recurso a comunicaciones directas por correo, fax o por vía telemática con organismos públicos, registros y en el ámbito consular, LARA AGUADO, A., "Adopción internacional...", loc. cit., p. 131.

⁶⁴ ESTEBAN DE LA ROSA, G. (COORD), *Regulación de la adopción internacional...*, op. cit., p. 303; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional...*, op. cit., 2004, p. 316.

se desconoce cuál es el objeto de la compulsada, que bien pudiera ser de un código de leyes, de un manual o de una monografía especializada. Además, y a la escasa claridad de la descripción de este medio de prueba, se le añaden más datos que contribuyen a generar una mayor confusión. Tal es así cuando, además, existen casos en los que la mera fotocopia prevalece frente a la fotocopia compulsada, con lo que ya no es sostenible un supuesto carácter privilegiado de la fotocopia *compulsada* frente a la *simple*⁶⁵. Así se ve en la *Res. DGRN de 11 de marzo de 1997, sobre inscripción de adopción venezolana*⁶⁶, donde el Juez Encargado del Registro ordenó que se unieran a las actuaciones fotocopia compulsada de la vigente ley venezolana de 20 de junio de 1972, denegando la inscripción por la revocabilidad de la adopción venezolana. El interesado unió al recurso fotocopia de la ley venezolana vigente de 18 de agosto de 1983, afirmando la irrevocabilidad de la adopción venezolana. La D.G.R.N., por su parte, admitió las fotocopias en su variante de no-compulsadas, estimó el recurso y revocó el acuerdo apelado (*favor adoptionis*).

Además de las fotocopias en cualquiera de estas variantes, se emplean como medio de aportación del Derecho extranjero los *informes de consulados y Embajadas*, tanto de Cónsules extranjeros en España como de Cónsules españoles en el extranjero⁶⁷. Como muestra, la *Res. DGRN de 4 de octubre de 1996, sobre adopción brasileña*, en la que se aportó informe del Cónsul español en Río de Janeiro, relativo al art. 40 de la ley brasileña de adopción⁶⁸; la *Res. DGRN de 5 de febrero de 1998, sobre inscripción de adopción nepalí*, en la cual se aportó informe del Cónsul de Nepal en Barcelona respecto de la ley nepalí de adopción⁶⁹; la *Res. DGRN de 19 de noviembre de 2005, sobre inscripción de adopción*, en la que la Embajada de España en Haití aportó copia de la legislación haitiana sobre adopción e información sobre sus efectos; la *Res. DGRN de 20 de enero de 2009, sobre inscripción de adopción constituida en el extranjero*, en la que la Embajada de España en Guinea-Bissau aporta la normativa reguladora de las adopciones internacionales propia de este Estado; o la *Res. DGRN de 26 de febrero de 2010, de adopción internacional*, ya al amparo de la nueva Ley de adopción, cuando habla de "...lo dispuesto al respecto por la Ley de la República de Kazajstán sobre el Matrimonio y la Familia de 17 de diciembre de 1998 – según el conocimiento oficial adquirido de la misma por este Centro Directivo a través de la traducción al español de su original

⁶⁵ ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord), *Regulación de la adopción internacional...*, op. cit., p. 303, que habla de la escasa sofisticación de las fotocopias como medio de prueba.

⁶⁶ *Res. DGRN de 11 de marzo de 1997, cit..*

⁶⁷ Con carácter general, ALBERDI VECINO, F., "Registro Civil y elemento extranjero...", *loc. cit.*, p. 55, señala el predominio de la búsqueda de información sobre la ley extranjera a través de Cónsules en el ámbito extrajudicial.

⁶⁸ *Res. DGRN de 4 de octubre de 1996, sobre adopción brasileña* (B.I.M.J., n° 1794, p. 888).

⁶⁹ *Res. DGRN de 5 de febrero de 1998, sobre inscripción de adopción nepalí.*

ruso que, procedente de la Embajada de España en Kazajastán, se ha recibido a través de comunicación de la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares...”. Repárese, asimismo, en la *Res. DGRN de 20 de enero de 2009, sobre inscripción de adopción (surcoreana)*, en la que, entre otros medios, la D.G.R.N. llega al “...conocimiento oficial de la legislación surcoreana en materia de adopciones internacionales de niños de dicha nacionalidad...”, a partir de “...la contestación remitida por el Ministerio de Sanidad y Bienestar de Corea del Sur a la Embajada de España en Seúl...”.

Asimismo, se recurre a *resoluciones anteriores* de la D.G.R.N. en las que se tomó en consideración el mismo Derecho extranjero⁷⁰. En este sentido, la *Res. DGRN de 6 de mayo de 2000, sobre adopción vietnamita*, a la hora de valorar el art. 39 de la ley vietnamita a los efectos de ponderar la adopción vietnamita y española, afirma: “...como ya lo indicó la Resolución de 1 de junio del pasado año, el art. 39 de la ley vietnamita...”⁷¹. O la *Res. DGRN de 1 de febrero de 2007, sobre inscripción de adopción etíope*, donde, “...para la compleja exégesis comparativa entre el Derecho extranjero (en este caso, etíope) y el Derecho español...”, se ayuda de su propia *Res. DGRN de 6 de abril de 2006, sobre inscripción de adopción etíope*, tal como se deduce de la frase empleada en su resolución del tenor de “...partiendo de la prueba del Derecho extranjero disponible en ese momento...”. Lo curioso es que en esta Resolución de 2006 en la que se apoya la autoridad para informarse sobre el Derecho etíope no se indica realmente cómo se aporta su tenor (de hecho, a pesar de todo, son numerosas las resoluciones de la D.G.R.N. en las que se remite a esta *Res. DGRN de 6 de abril de 2006*, como puede verse en la *Res. DGRN de 1 de diciembre de 2008, sobre inscripción de adopción*, o la *Res. DGRN de 6 de mayo de 2009, sobre inscripción de adopción*). En este orden de asuntos, llama la atención la *Res. DGRN de 23 de noviembre de 2006, sobre inscripción de adopción*, en la que “...se solicitó (desde el Registro Civil Central) al Consulado General de España en Etiopía informe sobre los efectos que tiene la adopción en Etiopía..., remitiendo la Embajada de España en Addis Abeba copia de la *Res. DGRN de 6 de abril de 2006*...”, esto es, la misma resolución referida antes y que procede asimismo de un operador jurídico español (y no extranjero), y ello, aunque se trataba de aportar el tenor de una ley extranjera.

Por otra parte, y como medio de aportación del Derecho extranjero, también se apela, con carácter general, a lo que podemos llamar *informes* varios.

⁷⁰ Respecto del empleo habitual en la práctica registral de resoluciones anteriores, véase en esta sede de inscripción de adopciones, CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional...*, op. cit., 2004, p. 316; MASEDA RODRÍGUEZ, J., “La toma en consideración del Derecho extranjero por la D.G.R.N. ...”, loc. cit., pp. 351-360. Más en general, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, op. cit., 2009, p. 170.

⁷¹ *Res. DGRN de 6 de mayo de 2000, sobre adopción*. En general, respecto a la vinculación entre autoridades no judiciales sobre la apreciación de la ley extranjera, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La aplicación del Derecho extranjero por los notarios”, loc. cit., p. 207.

Sobre este medio, llaman la atención algunos casos concretos. Repárese así en aquel supuesto en el que se atiende a un *informe de unas jornadas* que, sin especificar claramente a qué se refiere, parece ser el resumen de unas jornadas divulgativas sobre adopción internacional. Se trata de la *Res. DGRN de 30 de marzo de 1999, sobre adopción vietnamita*, donde el Encargado de Asuntos Consulares del Registro civil de España en Hanoi denegó la inscripción de una adopción vietnamita por carecer ésta de los efectos que la legislación española atribuye a las adopciones, procediendo de este modo en atención a las instrucciones recibidas del Ministerio de Asuntos Exteriores núm. 269 de 30 de junio de 1998 y núm. 404 de 11 de octubre de 1996, que califican las adopciones vietnamitas como simples. El interesado recurre ante la D.G.R.N. alegando, entre otras razones, que la citada instrucción 269 sólo hace referencia a unas jornadas sobre la adopción celebradas en Madrid. La D.G.R.N. estima el recurso y considera que la adopción vietnamita es plena, si bien no se apoya en este dato concreto del "...informe de las jornadas...", sino que lo hace en el conocimiento que tiene del Derecho vietnamita. Por ello, rechaza los argumentos del Cónsul encargado del Registro civil de España en Hanoi en lo que éste entiende que la adopción es menos plena basándose en el hecho de que el adoptante tenga que informar periódicamente al Comité Popular que la decidió en Vietnam o que el art. 30 Ley vietnamita de la nacionalidad establezca que la adoptada conserva la nacionalidad vietnamita. La D.G.R.N. considera estas cuestiones como irrelevantes, midiendo la compatibilidad de efectos conforme a otros parámetros. Repárese, también, en la *Res. DGRN de 21 de febrero de 2007, sobre inscripción de adopción etíope*, en la cual se aporta el Derecho etíope a partir de un *informe de la DGRN* dirigido a la *Asociación de Familias de Niños y Niñas de Etiopía (AFNE)*, en el que se pronunciaba a favor de su calificación como adopciones plenas, y en contra de la Juez encargada del Registro Civil, que, apoyándose en resoluciones anteriores de la D.G.R.N., entendía que la adopción etíope era simple (y no inscribió).

En fin, respecto de los medios de prueba, podría hablarse finalmente de un apartado genérico, un supuesto cajón de sastre en la que podrían agrupar aquellos casos en los que se aporta el Derecho extranjero a través de medios menos habituales. Sirva como muestra la *Res. DGRN de 9 de septiembre de 2002, sobre inscripción de adopción ecuatoriana*, en la que se aporta el Código de Menores ecuatoriano de 1992 a partir de una "...certificación..." del Tribunal de Menores de G. (Ecuador) debidamente legalizado por el Consulado de España en Ecuador. También, la *Res. DGRN de 12 de junio de 2002, sobre inscripción de adopción internacional*, en la que, si bien no era necesario, el interesado aporta "...escrito en el que se traslada consulta al Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción de la Consellería de Justicia de la Generalitat de Cataluña, que manifestaba que, según el Código de Familia de la República de Ucrania (constatado por los Tribunales de Ucrania competentes en adopción) no es necesario certificado de idoneidad para la adopción de un hijo del cónyuge...". O la *Res. DGRN de 3 de abril de 2002, sobre inscrip-*

ción de adopción, respecto de una solicitud de inscripción de una adopción constituida en Guatemala por un matrimonio de español más holandesa a favor de una menor guatemalteca, en la que el adoptante aporta prueba de la plenitud de la adopción guatemalteca, a diferencia de lo que pensaba el Juez Encargado del Registro Civil Central, y lo hace a través de un "...auto de adopción dictado por Tribunal holandés...": la D.G.R.N. consideró la no-equivalencia según la ley de Guatemala, de la que no se dice cómo se aporta (probablemente, con base en el propio conocimiento de la D.G.R.N.). También, en fin, en *Res. DGRN de 20 de enero de 2009, sobre inscripción de adopción (surcoreana)*, en la que se trata de aportar el contenido del Derecho de Corea del Sur, entre otros medios, a partir de un genérico "...documentos obrantes en el expediente expedidos por autoridades coreanas...".

3. Valoración de la ley extranjera por parte de la D.G.R.N

A. ALCANCE E INTERPRETACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA

En fin, una vez traído al caso el Derecho extranjero, la siguiente fase pasa por la exposición de *su valoración* o qué consecuencias podrían extraerse de su aportación.

En la mayoría de los casos, se produce una cierta discrepancia, no sobre el contenido del Derecho extranjero, sino sobre su *alcance* o *interpretación*.

En lo que ahora interesa respecto de las resoluciones consultadas, el debate jurídico se produce sobre los *efectos* de la adopción constituida ante autoridad extranjera, a la hora de decidir su calificación como *plena* o *simple* desde la óptica del ordenamiento jurídico español, si bien no se discute el tenor del Derecho extranjero. En este sentido, de las resoluciones analizadas, extraemos un dato: la *interpretación* de la normativa extranjera traída a la causa, es decir, su alcance, suele ser realizada directamente por la D.G.R.N. O, lo que es lo mismo, del Derecho extranjero se aporta su tenor material, pero no su interpretación tal como la realizan los Tribunales y autoridades del Estado extranjero: ésta suele realizarse directamente por la D.G.R.N. de la lectura de preceptos concretos del Derecho extranjero.

Así se observa en la *Res. DGRN de 26 de febrero de 2010, de adopción internacional*, donde es la propia D.G.R.N. quien valora directamente el alcance de una serie de preceptos propios de la *Ley de la República de Kazajstán sobre el Matrimonio y la Familia de 17 de diciembre de 1998* relativos a la revocabilidad de la adopción extranjera a la hora de denegar la inscripción por ausencia de equivalencia de efectos exigida en el art. 26 LAI 2007. O en la *Res. DGRN de 1 de febrero de 2007, sobre inscripción de adopción etíope*, donde, una vez aportado, entre otros, el art. 183.3 Código de Familia etíope, su alcance resulta determinado directamente por la D.G.R.N. al apoyar su actuación "...según interpretación más plausible del transcrito precepto..."; o, aportado el art. 195 y 806 Código de Familia etíope, la D.G.R.N. llega al convencimiento de su tenor sin necesidad de acudir a doctrina y/o jurisprudencia

extranjera, cuando actúa de acuerdo a "...lo que pone de manifiesto este último precepto...", "...sea cual fuere el criterio jurídico interno utilizado por el ordenamiento jurídico etíope para la superación de tal contradicción...". Mismo comportamiento ofrece la D.G.R.N. en la *Res. DGRN de 1 de diciembre de 2008, sobre inscripción de adopción*, donde procede directamente "...a la compleja exégesis comparativa entre el Derecho extranjero (en este caso, etíope) y el español...", entendiendo que "...en la adopción etíope el niño adoptado será considerado, a todos los efectos, hijo del adoptante (art. 181. Effects: "*an adopted child shall, for all purposes, be deemed to be the child of the adopter*")...". En este caso, la D.G.R.N. llega a determinar el ámbito de aplicación de la norma etíope, como sucede cuando, sin citar jurisprudencia extranjera o prueba documental alguna, estima que "...de acuerdo con la *Ethiopian Nationality Proclamation* (núm. 378/2003), a los efectos de la atribución o reconocimiento de la nacionalidad etíope, el término *niño* incluye a los *niños adoptados* (cfr. art. 2 núm. 3)...". (lo mismo hace en *Res. DGRN de 16 de febrero de 2009, sobre inscripción de adopción*); o llega a identificar que "...en la legislación etíope encontramos en este punto (art. 180 n.º 1 del Código civil etíope, cuando categóricamente dispone que la adopción es irrevocable) una clara antinomia...", que se encarga directamente tanto de aclarar "...sea cual fuere el criterio jurídico interno utilizado por el ordenamiento jurídico etíope para la superación de tal contradicción...", como de establecer las pautas de su interpretación, al entender que "...lo que pone de manifiesto este último precepto (art. 806 Código civil etíope, cuando dice que la "*...adoption may not be revoked for any reason...*") es que frente a un principio general tan categórico cualquier excepción habrá de ser interpretada cautelosa y restrictivamente y siempre en beneficio e interés del menor..."

En este orden de asuntos, significativa es también la *Res. DGRN de 15 de abril de 2008, sobre inscripción de adopción*, en la que la D.G.R.N., además de seguir su línea de interpretación directa del Derecho extranjero, lo que se refleja en sus palabras de "...cabe deducir de la redacción de dicho artículo..." (art. 138 Ley núm. 136-03 Código del Menor dominicano), llega a interpretar su tenor atendiendo no a los parámetros interpretativos de la ley extranjera, sino de acuerdo con los parámetros de la *lex fori*: "...sin embargo, por identidad de razón cabrá aplicar a la interpretación de las normas antes referidas del Derecho dominicano sobre el certificado de idoneidad los mismos criterios empleados para la hermenéutica de la correlativa norma española contenida en el citado artículo 9 núm. 5-IV, basado siempre en la preservación del superior interés del menor..."⁷².

⁷² No extraña esta forma de actuar de la D.G.R.N. respecto de la interpretación de la ley extranjera. Téngase en cuenta que, en sede judicial, la forma de proceder es semejante. Véase, por ejemplo, *Sent. Aud. Prov. de Granada de 19 de julio de 2004, o STS de 23 de octubre de 1992 (Ref. Aranzadi, n.º 8280)*; ampliamente, MASEDA RODRÍGUEZ, J., "La interpretación judicial del Derecho extranjero", *Rev. Der. Privado*, 1997, pp. 793-822.

B. CONTENIDO DE LA LEY EXTRANJERA

En otras ocasiones, menos numerosas, la discrepancia se produce sobre el propio contenido del Derecho extranjero, tal como sucede en la *Res. DGRN de 11 de marzo de 1997, sobre inscripción de adopción venezolana*⁷³, en la que el Juez Encargado resuelve con base en la ley venezolana de 20 de junio de 1972, denegando la inscripción por la revocabilidad de la adopción venezolana; el interesado discrepa sobre el contenido de la ley venezolana y une al recurso fotocopia de la ley venezolana vigente de 18 de agosto de 1983, afirmando la irrevocabilidad de la adopción venezolana, lo que sirvió de base a la D.G.R.N. para estimar el recurso y revocar el acuerdo apelado (*favor adoptionis*). Téngase en cuenta, también, la *Res. DGRN de 9 de septiembre de 2002, sobre inscripción de adopción ecuatoriana*, en la que el Juez Encargado del Registro Civil Central denegó la inscripción con base en los arts. 332 y siguientes del Código de Ecuador por ausencia de ruptura con la familia biológica; el interesado discrepa sobre el contenido de la ley ecuatoriana y une al recurso el Código de Menores de 1992, ley actualmente vigente, que establece la ruptura total de vínculos con la familia biológica. La D.G.R.N. estima el recurso, apoyándose tanto en lo aportado por la parte (“...certificación...” del Tribunal de Menores de G., Ecuador, debidamente legalizado por el Consulado de España en Ecuador, que certifica la vigencia del Código de Menores de 1992, así como que son de régimen pleno), como en el “...conocimiento que esta Dirección General tiene de la legislación de la República de Ecuador...”.

Menos éxito tuvo la parte interesada en la *Res. DGRN de 20 de enero de 2009, sobre inscripción de adopción constituida en el extranjero*, respecto de la solicitud de inscripción de nacimiento de un hijo adoptado en Guinea Bissau, que, denegada por el Juez Encargado del Registro por infracción del art. 1981 de la Ley Guineana, es recurrida ante la D.G.R.N. solicitando la inscripción de nacimiento de su hijo, alegando que “...la calificación está basada en una legislación no vigente actualmente en Guinea-Bissau como es el *Código Civil Portugués de 25 de noviembre de 1966*, y que hay efectuadas otras adopciones de Guinea Bissau efectuadas por matrimonios de menos de 10 años, y también hay adopciones monoparentales...”: la D.G.R.N. desestimó el recurso por infracción de la ley de Guinea-Bissau, sin entrar a valorar una posible sucesión de leyes en el tiempo que tampoco fue aportada por la parte.

Tampoco acostumbra a ser objeto de debate, en fin, la *suficiencia* de los medios de prueba. Así parece desprenderse de la utilización de la fórmula que ya se ha referido anteriormente de “...de acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación china...”, o “...en vista de las informaciones obtenidas

⁷³ *Res. DGRN de 11 de marzo de 1997.*

sobre la legislación mexicana...”. Hecho que sorprende si se tiene en cuenta la importancia de este aspecto en lo que es la aplicación judicial del Derecho extranjero.

V. La no determinación de la ley extranjera: consecuencias

1. Posibilidad de no-conocimiento

Si bien en ninguna de las resoluciones que hemos analizado en materia de adopción internacional se ha planteado el problema⁷⁴, lo cierto es que no debemos dejar de lado la posibilidad de que la D.G.R.N. no llegue a conocer el tenor del Derecho extranjero regulador de la adopción constituida por autoridad extranjera.

En efecto, en la totalidad de los casos analizados, la D.G.R.N. ha llegado a conocer el contenido e interpretación de la ley extranjera reguladora de la adopción internacional. Ya vimos como en la mayoría de los supuestos referidos es el propio Juez Encargado del Registro o la D.G.R.N., y no la parte, quien se encarga de traer el Derecho extranjero a la causa a través de los medios de aportación ya relacionados. Recuérdese además que la D.G.R.N. está operando con un sector muy específico del ordenamiento jurídico extranjero, el regulador de las adopciones internacionales, del que ha adquirido conocimiento por haber tratado habitualmente con sus normas dado los países de origen de la mayoría de las solicitudes de inscripción que se interponen en el Registro Civil español, de los que dispone de *dossiers* muy completos. En otros casos, los menos, es la parte interesada quien se encargó de aportar la normativa extranjera, que posteriormente fue aplicada por los órganos registrales y la D.G.R.N. Piénsese, en esta sede y además, en la flexibilidad de medios que son admitidos, que permiten llegar más fácilmente a un conocimiento de la ley extranjera que la D.G.R.N. entiende como suficiente, a pesar de la peculiaridad de muchas de estas vías.

Ahora bien, lo cierto es que la posibilidad de que la D.G.R.N. no llegue a conocer el tenor del Derecho extranjero regulador de la adopción constituida por autoridad extranjera existe: las adopciones internacionales cada vez son más frecuentes y son más los países que se convierten en Estados receptores de adoptantes, más todavía cuando muchos de ellos son Estados pluri-legislativos que disponen cada uno de su propia normativa sobre adopción⁷⁵.

⁷⁴ Véanse las resoluciones citadas.

⁷⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.M., “El Registro Civil Central”, *B.I.M.J.*, núm. 1834, de 1 de diciembre de 1998, pp. 3437-3464, espec. p. 3454; CALVO BABÍO, F., *Aplicación judicial del Derecho extranjero...*, *op. cit.*, pp. 68-69. Véase, por ejemplo, *Res. DGRN de 1 de abril de 1996 (R.E.D.J., 1997-I, p. 256, con nota de CALVO BABÍO, F.)*, y *Res. DGRN de 16 de septiembre de 1993 (B.I.M.J., 1997, p. 625)*, en las que la D.G.R.N. debería haber consultado las distintas normativas de los diferentes Estados Federados mexicanos (y no el Código Civil Federal mexicano, que fue lo que hizo, erróneamente).

Únase a ello el hecho de que, en muchas ocasiones, la lentitud y falta de eficacia y colaboración de los Consulados extranjeros y de las Administraciones Públicas españolas, hecho que afecta tanto a la labor de los órganos registrales como a las partes y de lo que con carácter general se vienen quejando las autoridades registrales españolas, que denuncian que muchas Embajadas y Consulados extranjeros acreditados en España se niegan a expedir certificaciones sobre su legislación a sus propios nacionales, e, incluso, a informar directamente al Juez Encargado del Registro Civil⁷⁶. Tampoco cuentan con instrumentos internacionales que sean realmente eficaces en el práctica, como podía ser el *Convenio Europeo de información sobre el Derecho extranjero, de 7 de junio de 1968*, ni con organismos como podría ser la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, tal vez porque, al no tener asignada esta función de información en exclusiva, no son rápidos en su ejecución, con lo que difícilmente se satisfacen los criterios de economía, celeridad y eficacia requeridos, de acuerdo con lo expuesto en el Preámbulo del Reglamento del Registro Civil, en la tramitación de los expedientes registrales y en las restantes actuaciones del Estado⁷⁷.

2. Denegación de la solicitud de inscripción

Pues bien, si se está en un caso de no determinación del contenido de la ley extranjera, lo que en otras sedes y con carácter general suele hacer la D.G.R.N., a diferencia de la práctica en sede judicial, no es la aplicación subsidiaria de la ley española⁷⁸, sino la denegación de la solicitud de inscripción⁷⁹. A nuestro entender, no creemos que la D.G.R.N. vaya a apartarse de esta línea de no inscripción en aquellos casos en los que no consiga llegar a conocer el Derecho extranjero y, con ello, no poder llegar a ponderar la equivalencia de efectos entre la adopción constituida en el extranjero cuya inscripción se solicita y la adopción española (o la aplicación de la ley del adoptando a la capacidad y consentimiento necesarios, como vimos también).

Varios datos avalan la no inscripción como forma de proceder. Por un lado, es lo que parece desprenderse del art. 28 Ley del Registro Civil y del art. 91 Reglamento del Registro Civil, cuando abogan por la paralización del pro-

⁷⁶ Sobre ello, ALBERDI VECINO, F., “Registro Civil y elemento extranjero...”, *loc. cit.*, p. 56; LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., “Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil...”, *loc. cit.*, p. 94. Específicamente, sobre estos problemas, en materia de adopción, LARA AGUADO, A., “Adopción internacional...”, *loc. cit.*, p. 131.

⁷⁷ Sobre este particular, LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., “Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil...”, *loc. cit.*, p. 94.

⁷⁸ LARA AGUADO, A., “Adopción internacional...”, *loc. cit.*, p. 132.

⁷⁹ LARA AGUADO, A., “Adopción internacional...”, *loc. cit.*, p. 132; misma respuesta, con carácter general, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, 2009, p. 170.

cedimiento hasta la obtención de la documentación requerida, bien del Consulado español en el extranjero, bien del Consulado del Estado al que pertenece la autoridad extranjera que constituyó la adopción⁸⁰. Por otro, el interés del menor en ser integrado en la familia adoptiva no justifica otra forma de comportamiento: el interés del menor en tal sentido cede en estos casos de desconocimiento, ya que no se puede atribuir a una institución extranjera unos efectos que se desconoce si el Derecho del Estado de origen se los atribuye (la no aportación de la ley extranjera unido al hecho de la no intervención de las autoridades administrativas españolas impiden verificar la equivalencia de efectos con la adopción española)⁸¹. Finalmente, se protegen de este modo los intereses de los padres biológicos del menor: el desconocimiento del Derecho extranjero genera dudas respecto tanto de si la adopción supone la ruptura de vínculos de la familia biológica con el adoptado, como la verificación de la prestación de los consentimientos necesarios de los padres biológicos, requisitos ambos para el reconocimiento de la adopción como plena y equivalente⁸².

En el ámbito registral, pues, no sólo no es extraña la respuesta de no inscripción, sino que, en muchas ocasiones, resulta la mejor opción. Tal como decimos, en ciertos casos, no es posible acudir, en esta sede registral y con carácter general, a la vía de la aplicación subsidiaria de la ley española como sucede en los procedimientos contenciosos. En sede jurisdiccional, la aplicación de la *lex fori* evita que la aplicación estricta del art. 12.6 Código Civil derive en la ausencia de respuesta sobre el fondo, lo que supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁸³. En sede registral, por el contrario, esta consecuencia no se produce necesariamente. Lo vemos, por ejemplo, en el caso del Registrador en el Registro Mercantil. La función de una autoridad no judicial como ésta carece del componente constitucional que se halla en los procesos contenciosos, por lo que los motivos de denegación de la inscripción seguirían ubicados en el marco de la legalidad ordinaria: si no se le facilitan a esta autoridad los medios para la averiguación de la ley extranjera, la mejor opción pasaría por la no inscripción, sin que exista tampoco, con carácter general, la obligación de averiguar por sus propios medios la ley extranjera no probada (en este caso, a través de los medios previstos en el art. 36 Reglamento Hipotecario) dado que el art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento

⁸⁰ Así, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.M., "El Registro Civil...", *loc. cit.*, p. 3454.

⁸¹ LARA AGUADO, A., "Adopción internacional...", *loc. cit.*, p. 132. También, ARENAS GARCÍA, R., *Registro mercantil...*, *op. cit.*, p. 423, esta vez en el ámbito del Registro Mercantil, que aboga por la no inscripción ya que no resulta posible admitir al Registro un documento cuya legalidad no ha podido ser contrastada por ausencia de prueba de la ley extranjera.

⁸² GUZMÁN ZAPATER, M., "Adopción internacional: ¿cuánto queda del Derecho internacional privado clásico?", en CALVO CARAVACA, A.L./IRIARTE ÁNGEL, J.L., *Mundialización y Familia*, Madrid, 2001, pp. 112-114.

⁸³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Sobre la norma de conflicto...*, *op. cit.*, pp. 34-35.

Civil 2000 entiende que la carga de la obligación de probar la normativa extranjera corresponde a la parte interesada. Nada impide, como se indicó antes, que el Registrador decida completar o suplir la falta de actividad probatoria de quien solicita la inscripción⁸⁴, si bien sólo existirá obligación cuando, habiendo presentado la parte elementos de prueba suficientes del contenido del Derecho extranjero, el Registrador estime que no se encuentra suficientemente ilustrado: en este caso, debe ser exigido, antes de rechazar la inscripción, justificación suficiente de este modo de proceder a fin de desautorizar los elementos de prueba ya presentados⁸⁵. La aplicación subsidiaria de la *lex fori* no parece aquí solución adecuada. En el ámbito judicial, la decisión de un juez tiene efectos entre los litigantes y sus causahabientes (cosa juzgada), de ahí la irrelevancia de la respuesta de la norma de conflicto si ambas partes están de acuerdo en dirimir sus disputas en aplicación de la ley del foro; en el ámbito registral, en cambio, la inscripción tiene efectos frente a quienes no la han solicitado, por lo que no es posible desconocer lo que establece la normativa reguladora de esa inscripción⁸⁶.

Lo expuesto no quiere decir que, en el ámbito registral y en otras situaciones, la opción de la aplicación subsidiaria de la *lex fori* no pueda ser una opción razonable. Piénsese en algunos Convenios internacionales, que obligan a comportamientos distintos de la no inscripción en casos de imposibilidad de conocimiento de la ley extranjera, como sucede, por ejemplo, con el art. 5 del *Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 sobre ley aplicable a los nombres y apellidos*, que establece que "...si el encargado del Registro Civil se encontrase, al extender un acta, en la imposibilidad de conocer el Derecho aplicable para determinar los nombres y apellidos de la persona interesada, aplicará su ley interna e informará al respecto a la autoridad de la que dependa..."⁸⁷. De hecho, cierto sector parece entender, al contrario de lo expuesto, que una respuesta general de aplicación subsidiaria de la ley española se ajustaría mejor a los principios registrales de legalidad y obligatoriedad de la inscripción, y la necesaria concordancia del Registro con la realidad extraregistral⁸⁸. A nuestro juicio, en cambio y en el ámbito que ahora nos encon-

⁸⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Comentario al art. 12.6 C.c.", en *Comentarios...*, *loc. cit.*, p. 1077.

⁸⁵ Sobre ello, en el ámbito del Registro Mercantil, ARENAS GARCÍA, R., *Registro mercantil...*, *op. cit.*, p. 424, nota núm. 1154.

⁸⁶ ARENAS GARCÍA, R., *Registro mercantil...*, *loc. cit.*, p. 424, en el ámbito del Registro Mercantil; SÁNCHEZ LORENZO, S., "Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles...", *loc. cit.*, p. 2001.

⁸⁷ Sobre el particular, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, 2009, p. 170.

⁸⁸ Así lo entiende ALBERDI VECINO, F., "Registro Civil y elemento extranjero...", *loc. cit.*, p. 56, que estima que, de no ser así y de no aplicar la ley española, serían muy numerosas las inscripciones denegadas o suspendidas, y tal situación no se ajustaría, a su juicio, a los principios que rigen la ordenación registral española.

tramos de la D.G.R.N. enfrentada a supuestos de inscripción de una adopción internacional, la mejor respuesta resulta, por el contrario, la no inscripción de una adopción constituida ante autoridad extranjera de la que no se saben sus efectos por desconocimiento de la ley extranjera.

Visto lo visto, entendemos, pues, que la mejor opción de la D.G.R.N. en caso de no aportación del Derecho extranjero pasaría por no permitir la inscripción de la adopción.

Se baraja, asimismo, la posibilidad de practicar una anotación con valor simplemente informativo (arts. 38 Ley del Registro Civil; arts. 81, 145 y 154.3 Reglamento del Registro Civil), como si fuese un acogimiento, lo que más tarde permitiría proceder a su conversión como adopción española, o a su constitución *ex novo* ante las autoridades españolas. Todo ello apelando al interés del menor a ser integrado en la familia de acogida frente a la armonía internacional de soluciones⁸⁹. Con todo, cierto sector advierte del peligro de una práctica generalizada en este sentido, la cual podría volverse en contra del interés del menor: el menor podría adquirir la nacionalidad española por opción, al haber estado sujeto a la patria potestad de un español (art. 20.1.a Código Civil), o adquirirla por residencia por estar sujeto a guarda, tutela o acogimiento de un español (art. 22.2.c Código Civil), pero no podría hacerlo como español de origen⁹⁰.

VI. Conclusiones: algunas consideraciones tras la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional

1. Línea continuista

De las resoluciones que se han analizado y de la exposición de los problemas que la toma en consideración de la ley extranjera plantea a la D.G.R.N., pueden extraerse las siguientes conclusiones.

Por una parte, a pesar de la utilización genérica de los términos de aplicación de la ley extranjera, no se trata propiamente de *aplicación* en sentido estricto: debería hablarse con mayor propiedad de *toma en consideración* del Derecho extranjero.

Por otra, esta toma en consideración de la ley extranjera por la D.G.R.N. en materia de adopción presenta pocos puntos de contacto con lo que es la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito jurisdiccional.

⁸⁹ Esta forma de comportamiento no es extraña a la D.G.R.N., ya que así actuó cuando no existía equivalencia de efectos (p.e.: *Res. DGRN de 19 de noviembre de 2005, Boletín Oficial del Estado*, 22 de diciembre de 2005), o cuando la ley extranjera prohibía la adopción (p.e.: *Res. DGRN de 21 de marzo de 2006, Boletín Oficial del Estado*, 30 de mayo de 2006).

⁹⁰ Sobre estas cuestiones, LARA AGUADO, A., "Adopción internacional...", *loc. cit.*, pp. 132-133; CANO BAZAGA, E., *Adopción internacional y nacionalidad española*, Sevilla, 2001, p. 76; ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord.), *Regulación de la adopción internacional...*, *op. cit.*, pp. 385-402.

Primero. No se plantea el problema de a quién corresponde la carga de aportar el Derecho extranjero: aparece más que como un problema como un dato. En muchos casos, es la propia D.G.R.N. quien se encarga de aportar la ley extranjera, y lo hace con base en su propio conocimiento adquirido a partir de diferentes cauces, mientras que el papel de la parte interesada es más residual, a diferencia de lo que sucede en sede judicial.

Segundo. A diferencia de la mayor rigidez en sede jurisdiccional y en consonancia con lo que es la práctica extrajudicial general, los medios a partir de los cuales se aporta el Derecho extranjero resultan múltiples y variados, y, a pesar de sus peculiaridades y gran flexibilidad, no se discute prácticamente nunca su suficiencia.

Tercero. No suele haber discrepancias respecto del contenido de la ley extranjera, cuyo alcance e interpretación viene determinado directamente por parte de la D.G.R.N., esto es, la D.G.R.N. no suele recurrir a la práctica del ordenamiento jurídico de origen a la hora de formarse una idea sobre el alcance de la norma extranjera sobre adopción.

Podría entenderse que esta forma de aproximación a la toma en consideración de la ley extranjera por parte de la D.G.R.N., muchas veces sin poner de manifiesto cómo ha llegado a su conocimiento, o remitiéndose a fuentes escasamente fiables para justificar su contenido, puede llegar a amparar una suerte de indefensión respecto de los participantes en la adopción⁹¹. Con todo, también es cierto que, en aquellos casos en los que se comprueba una diligencia de la parte en la aportación del Derecho extranjero, se suscita realmente un verdadero debate⁹². Sería, pues, conveniente, dada la actitud reticente o restrictiva de la D.G.R.N. en lo que es la valoración de la posible equiparación de efectos entre adopciones extranjera y española, que la parte interesada asumiese un comportamiento activo respecto del Derecho extranjero (en aquellos casos en los que le es favorable, lógicamente), ya que,

⁹¹ Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord), *Regulación de la adopción internacional...*, op. cit., p. 303, nota núm. 103; CALVO BABÍO, F., *Aplicación judicial del Derecho extranjero...*, op. cit., p. 68. Así, además de las resoluciones citadas anteriormente, téngase en cuenta la *Res. DGRN de 4 de julio de 2005, sobre inscripción de adopción argentina*, en la que la D.G.R.N. deniega el reconocimiento de una adopción constituida en Argentina por su carácter de adopción simple y por ausencia de equivalencia de efectos, y ello sin manifestar cuáles fueron sus fuentes a la hora de llegar al conocimiento del Derecho de ese Estado. También, *Res. DGRN de 1 de abril de 1996 (R.E.D.I., 1997-I, p. 256, con nota de CALVO BABÍO, F.)*, y *Res. DGRN de 16 de septiembre de 1993 (B.I.M.J., 1997, p. 625)*, donde la D.G.R.N., a la hora de ponderar los efectos entre la adopción mexicana y la española, lo hace sin comprobar de qué Estado Federado de México proviene la adopción, consultando erróneamente el Código Civil Federal mexicano y no las concretas legislaciones de los Estados Federados que lo componen.

⁹² Véanse las referidas *Res. DGRN de 11 de marzo de 1997, sobre inscripción de adopción venezolana*; *Res. DGRN de 9 de septiembre de 2002, sobre inscripción de adopción ecuatoriana*; *Res. DGRN de 21 de febrero de 2007, sobre inscripción de adopción etíope*.

cuando así lo hizo, la actitud de la Dirección General fue totalmente receptiva. De hecho, aquellos casos en los que la D.G.R.N. no fue receptiva a las alegaciones de la parte interesada basadas en una ley extranjera, tienen mucho que ver con el hecho de la pasividad de la parte a la hora de traer prueba de lo que ésta última entendía como ley extranjera vigente, en la que se basaba su recurso frente a lo estimado por el Juez Encargado del Registro y de la que no aportó ni norma ni práctica propia del Estado de origen que refrendase su alegación⁹³.

Cuarto. Aunque en la práctica analizada no se ha planteado, no debe descartarse aquella situación de imposibilidad de determinación de la ley extranjera por parte de la D.G.R.N.: de ser así, ello conducirá, más que a la aplicación subsidiaria de la ley española, a la no inscripción de la resolución extranjera constitutiva de la adopción.

En fin, en lo expuesto, téngase en cuenta un dato más. Las conclusiones extraídas son representativas sólo de una parte muy concreta de la problemática relativa a la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero, esta vez, la que se corresponde con la labor de la D.G.R.N. respecto de sus últimas resoluciones sobre adopción internacional anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*. En ausencia de un análisis más amplio y general de todo el sector, su parcialidad justifica la inconveniencia de extender estas conclusiones a otras parcelas de la realidad internacional que llega al Registro, todo ello, siendo conscientes de la necesidad de proporcionar una respuesta general a toda esta problemática, que contribuya a paliar, de alguna manera, el déficit doctrinal existente.

2. Expectativas de futuro

A nuestro entender, las conclusiones expuestas, aun cuando extraídas de una práctica mayoritaria nacida bajo la regulación anterior, mantienen su vigencia en la actualidad, una vez entrada en vigor de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*.

En efecto, la D.G.R.N. parece (querer) mantener una línea de continuidad con la práctica anterior respecto de lo que es la ley extranjera en sus resoluciones relativas a adopción internacional. Resoluciones emitidas al amparo de la nueva Ley, no muy abundantes a día de hoy, se enfrentan a la ley extranjera en términos parecidos a los empleados hasta el momento por la D.G.R.N., tal como sucede, como vimos y por ejemplo, en la *Res. DGRN de 26 de febrero de 2010, de adopción internacional*. No extraña este comportamiento si observamos la práctica reciente inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la normativa vigente: en muchas de sus resoluciones de estos

⁹³ Véase la *Res. DGRN de 20 de enero de 2009, sobre inscripción de adopción constituida en el extranjero*.

últimos años, aunque referidas a expedientes nacidos al amparo de la regulación anterior, la D.G.R.N., tal como dijimos, viene introduciendo aspectos de la nueva regulación de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*, especulando con lo que, en hipótesis, sería su aplicación de regular el caso⁹⁴; y en estos casos no observamos comportamientos diferentes en cuanto al trato que le dispensa a la ley extranjera, con lo que no parece que vaya a haber un *después* tras la aplicación de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*. Por ello no creemos que la D.G.R.N. varíe, con carácter general, su forma de enfrentarse a una ley extranjera en aquellas resoluciones de adopción plenamente sometidas al imperio de la nueva normativa. Piénsese, además, que la nueva regulación no sólo nada dice al respecto, sino que vuelve a plantear la toma en consideración de la ley extranjera en casi las mismas sedes que la regulación anterior.

Con todo, y a pesar de la línea continuista descrita, entendemos que la nueva *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*, puede alterar ciertos aspectos de lo expuesto.

A nuestro juicio, cabe la posibilidad de que la nueva *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional* plantee situaciones que, en la práctica, generen mayores dificultades a la hora de conocer el Derecho extranjero. Sirva el caso, por ejemplo, del art. 26.1 LAI 2007. Frente al anterior art. 9.5 Código Civil, que exige la verificación de que la autoridad extranjera que constituyó la adopción haya aplicado la ley del adoptando a su capacidad y consentimiento necesarios, el art. 26.2 LAI 2007 exige verificar que la autoridad extranjera haya constituido la adopción según el Derecho estatal designado por las *normas de conflicto* del Estado del que depende esta Autoridad extranjera. O, lo que es lo mismo, habrá que conocer no sólo el Derecho material extranjero, sino también si la autoridad extranjera aplicó correctamente su norma de conflicto. Y ello puede presentar una gran complicación, porque sí ya lo es conocer el tenor de una normativa ajena, tanto material como conflictual, más lo será llegar a conocer, sobre todo en el segundo de los casos, cómo el operador jurídico extranjero se enfrenta a la aplicación de la ley extranjera a la que remite su propia norma de conflicto⁹⁵.

⁹⁴ Véase, por ejemplo, la *Res. DGRN de 21 de octubre de 2008, sobre inscripción de adopción*.

⁹⁵ ARENAS GARCÍA, R./GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional*: entre la realidad y el deseo”, en www.reei.org, par. 36, que señalan las dificultades prácticas que implica un control como el referido, de difícil realización, dado que va a exigir traer al procedimiento de reconocimiento en España las normas de conflicto extranjeras, así como el Derecho al que se remitan; así, entienden que “...dadas las dificultades que plantea en general la prueba del Derecho extranjero y lo escaso de su aplicación por nuestros Tribunales, esta exigencia ha de valorarse como desproporcionada; sobre todo si tenemos en cuenta que (...) podría ser que tal falta de aplicación del Derecho extranjero aplicable no supusiera, de acuerdo con el ordenamiento extranjero de la autoridad que ha constituido la adopción, la posterior nulidad de ésta...”. En el mismo sentido, ÁLVAREZ GON-

Ilustrativo de ello es la *Res. DGRN de 6 de marzo de 1997, sobre inscripción de adopción china*, aunque sea de un caso anterior a la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*⁹⁶. Se pretendía la inscripción de adopción constituida en China por padres vietnamitas y ahora españoles. El Juez Encargado del Registro Civil Central denegó la inscripción por revocabilidad de la adopción china, a lo que se opusieron los adoptantes. La D.G.R.N. denegó la inscripción de la adopción en el Registro civil español, si bien no lo hizo a partir de la valoración de la revocabilidad o no de la adopción china, sino porque, a su juicio, no se respetaron las exigencias del Derecho chino (algo que, en aquellos momentos, no era un control exigido por el legislador español), esto es, es la D.G.R.N. la que realiza una valoración (negativa) de la aplicación del Derecho chino por las propias autoridades chinas. Y esto es lo que debería llamarnos la atención: ante una adopción realizada en China y cuya corrección fue certificada por la Sección Consular de la Embajada de China en España, la D.G.R.N. efectuó un control de la competencia de las autoridades chinas desde su propia ley (“...ley china del adoptando que debería regir en cuanto a la autoridad competente”), un control sobre la forma y sobre la necesidad de inscripción (de acuerdo con el Derecho chino) y denegó la inscripción de la adopción en el Registro civil español. En el expediente se había aportado un certificado de parentesco expedido por la Sección Consular de la Embajada china acreditando que, de acuerdo con el Derecho chino, el adoptando era hijo adoptivo de los adoptantes. Sin embargo, como decíamos, la D.G.R.N. corrigió lo dicho por la Embajada y estimó que la adopción no se había constituido por incumplimiento de las exigencias del Derecho chino (carecer de inscripción en el Registro Civil chino). O, lo que es lo mismo, aplicando el Derecho chino, la D.G.R.N. pasa por encima de lo dispuesto en el certificado de parentesco expedido por la Embajada de China en España.

ZÁLEZ, S., “El Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, pp. 2597-2618, espec. pár. 19, cuando, apelando a las dificultades que existen en la práctica real actual respecto de la aplicación del Derecho extranjero por parte de Tribunales y autoridades españolas, entiende que “...si resulta difícil la cultura del Derecho extranjero reclamado por nuestras normas de conflicto, ¿qué puede decirse del Derecho reclamado por las normas de conflicto de un ordenamiento extranjero?...”. Véase, por el contrario, CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional. reflexiones y comentarios*, Granada, 2008, pp. 196-197, que estiman que el Derecho reclamado por la norma de conflicto extranjera no debe ser controlado, algo con lo que no están de acuerdo ARENAS GARCÍA, R./GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional...”, *loc. cit.*, nota núm. 59, ni ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Proyecto de ley sobre adopción internacional...”, *loc. cit.*, pár. 19.

⁹⁶ Una crítica a esta forma de comportamiento que la D.G.R.N. manifestó en esta resolución, puede verse en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Proyecto de ley sobre adopción internacional...”, *loc. cit.*, pár. 19.

En todos estos casos, llegar a conocer el Derecho extranjero va a exigir un mayor esfuerzo por parte de la D.G.R.N., del Ministerio Fiscal o de los interesados. En esta labor, recuérdense, amén de la poca eficacia en lo que es la información de la ley extranjera que se le achaca a organismos como la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, las quejas de los órganos registrales relativas a la lentitud y falta de eficacia y colaboración de los Consulados extranjeros y de las Administraciones Públicas españolas, denunciando la negativa de muchas Embajadas y Consulados extranjeros acreditados en España a expedir certificaciones sobre su legislación a sus propios nacionales, e, incluso, a informar directamente al Juez Encargado del Registro Civil⁹⁷.

Hasta el momento, la D.G.R.N. se ha desenvuelto con soltura en su faceta de averiguación de la ley extranjera en materia de adopción internacional, sobre todo, como vimos antes, por su propia especialización, reflejada en los *dossiers* que elabora relativos a la ley extranjera, además de las *fichas de información sobre los países de origen* que aparecen en las páginas web de los distintos Ministerios o Gobiernos autonómicos, facilitado por el hecho de que muchas de las adopciones provengan de los mismos países⁹⁸. No obstante, las mayores dificultades que pueden surgir de la aplicación de la nueva normativa de adopción internacional, específicamente, así como, y ya con carácter general, la necesidad de acceso a un número mayor de leyes extranjeras por las particularidades sociales del momento actual⁹⁹, aconsejarían, como se viene exigiendo desde ciertas opiniones, la adopción de una serie de medidas, no sólo en el marco del Registro Civil, sino también desde los ámbitos competenciales de las distintas autoridades no judiciales, a la hora de facilitar el acceso al conocimiento del contenido e interpretación de aquellas leyes extranjeras a las que se tienen que enfrentar por ministerio de la ley.

Amén de la utilización de los cauces que la normativa convencional o autónoma ofrecen al operador jurídico, las posibilidades que se han barajado para mejorar el sistema de información de la ley extranjera son varias. Por una parte, creación de un base de datos propia del Registro Civil, que agrupase las resoluciones de la D.G.R.N., toda la legislación aplicable, formularios y artículos doctrinales¹⁰⁰, al margen de las bases propias que vayan

⁹⁷. LARA AGUADO, A., “Adopción internacional...”, *loc. cit.*, p. 131. En general, ALBERDI VECINO, F., “Registro Civil y elemento extranjero...”, *loc. cit.*, pp. 55-56.

⁹⁸. LARA AGUADO, A., “Adopción internacional...”, *loc. cit.*, p. 132; VAN LOON, J.H.A., “Report on Intercountry Adoption”, *Hague Conference on International Private Law*, abril 1990, anexo C, pp. 11-31.

⁹⁹. LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., “Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil...”, *loc. cit.*, pp. 88 y 92-95; BLANCO-MORALES LIMONES, P./CABALLUD HERNANDO, A., “Inmigración y Registro Civil...”, *loc. cit.*, pp. 1272 y 1298-1299.

¹⁰⁰. LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., “Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil...”, *loc. cit.*, p. 132.

creando, por el discurrir de su labor, las distintas autoridades no judiciales, como hace la D.G.R.N. para sus casos de adopción internacional. Por otra, y lo que es más importante, creación de un organismo especializado para informar de forma rápida y eficaz sobre el contenido del Derecho extranjero¹⁰¹, así como la creación por parte de la Administración de un organismo de información legislativa internacional que atendiese a consultas oficiales a través de Internet, fax, teléfono, con respuestas en tiempo razonable. Todo ello, dentro de un contexto en el que se facilite el intercambio de información jurídica y cooperación en expedientes entre los distintos Registros Civiles, Registros Civiles Consulares, y Registro Civil Central, vía fax, Internet, teléfono¹⁰².

Piénsese que, con los medios actuales y una correcta actitud de colaboración entre las distintas entidades implicadas, los distintos Ministerios, con carácter particular, el Ministerio de Justicia, en apoyo tanto de jueces y Tribunales, como de los operadores jurídicos y autoridades extrajudiciales, debería derivar en un acceso cada vez más seguro y eficaz a las leyes extranjeras¹⁰³. Téngase en cuenta, en este sentido, medios como Internet, que pueden facilitar información sobre ordenamientos jurídicos extranjeros a través de páginas *web* correctamente supervisadas por las autoridades competentes, de posibles certificaciones de Derecho extranjero por autoridades estatales, debidamente identificadas electrónicamente y que intercambien información sistematizada y fiable en el espacio virtual¹⁰⁴.

Con ello se conseguiría un acceso rápido, eficaz y fiable, al contenido de la ley extranjera en los casos en los que la norma así lo exigiese, lo que contribuiría a eliminar las reticencias del operador jurídico a la hora de enfrentarse a una normativa que no es la propia, así como reforzar la garantía del principio de seguridad jurídica y tutela del justiciable. Hasta ese momento, que esperamos no lejano, las autoridades judiciales y no judiciales, como la D.G.R.N., deberán seguir contando con los cauces tradicionales, además del bagaje extraído de su propia labor.

¹⁰¹. LARA AGUADO, A., "Adopción internacional...", *loc. cit.*, pp. 131-132; LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., "Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil...", *loc. cit.*, pp. 94 y 132.

¹⁰². LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., "Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil...", *loc. cit.*, p. 132.

¹⁰³. Véase ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., en "Nota a *STC 172/2004, de 18 de octubre*", *R.E.D.I.*, vol. LVII, 2005-I, p. 344, aunque en el ámbito judicial; también, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El Derecho internacional privado ante la globalización", *Anuario Español D.i.pr.*, 2001-I, pp. 37-87, espec. p. 84.

¹⁰⁴. LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., "Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil...", *loc. cit.*, p. 132, en el ámbito del Registro.

Bibliografía

- ALBERDI VECINO, F., “Registro Civil y elemento extranjero. Problemática en cuanto a la ley aplicable”, en *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración, Cuadernos de Derecho Civil*, 2004, pp. 39-81.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.M., “El Registro Civil Central”, *B.I.M.J.*, núm. 1834, de 1 de diciembre de 1998, pp. 3437-3464.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Adopción internacional y sociedad multicultural”, *Cursos de Derecho internacional privado de Vitoria Gasteiz*, 1998, pp. 177-211.
- , “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa”, *La Ley*, 4 de julio de 2005, pp. 1-7.
- , “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío”, *Homenaje al Prof. F.J. Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 131-158.
- , “El Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, pp. 2597-2618.
- , “Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)”, *R.E.D.I.*, 2001, pp. 49-74.
- ARENAS GARCÍA, R., *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, 2000.
- ARENAS GARCÍA, R./GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: entre la realidad y el deseo”, en www.reei.org,
- BLANCO-MORALES LIMONES, P./CABALLUD HERNANDO, A., “Inmigración y Registro Civil”, *B.I.M.J.*, núm. 2059, 2008, pp. 1271-1299.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “El interés del menor como factor de progreso y unificación”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994, pp. 915-992.
- CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, 2003.
- , *Aplicación judicial del Derecho extranjero en materia de familia*, Valencia, 2010.
- CALVO CARAVACA, A.L., “Art. 9.8 C.c.”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 350-391.
- CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional*, 2ª ed., 2004.
- , *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional. Reflexiones y comentarios*, Granada, 2008.
- CARBALLO PIÑEIRO, L., “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, *Anuario español D.i.pr.*, vol. I, 2001, pp. 485-504.

- CARRILLO POZO, L., “El Derecho extranjero en el proceso de trabajo”, *Rev. Min. Trab. y Asuntos Soc.*, núm. 62, 2006, pp. 13-57.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., “Art. 12.6 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. ALBALADEJO (dir.) Jaén, 1978, pp. 445-450.
- CASTELLANOS RUIZ, E., *Unidad vs. pluralidad legal de sucesión internacional*, Granada, 2001.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981.
- CUARTERO RUBIO, M.V., “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 14, 2000, pp. 21-71.
- DE MIGUEL ASENSIO, P., “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *A.E.D.i.pr.*, 2001-I, pp. 37-87.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord), *Regulación de la adopción internacional (nuevos problemas, nuevas soluciones)*, 2007.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Comentario al art. 12.6 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dir.), tomo I, vol. II, Edersa, Madrid, 1995, pp. 973-1082.
- , “La aplicación del Derecho extranjero por los notarios”, en *Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 17 de diciembre de 1994*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXXV, Madrid, pp. 175-209.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Madrid, 2009.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. (et al.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995.
- GUZMÁN ZAPATER, M., “Adopción internacional: ¿cuánto queda del Derecho internacional privado clásico?”, en A.L. CALVO CARAVACA/J.L. IRIARTE ÁNGEL, *Mundialización y Familia*, Madrid, 2001, pp. 112-114.
- HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 2004.
- JIMÉNEZ BLANCO, P., “Art. 281 LEC 2000”, *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, F. Gómez de Liaño (coord.), Oviedo, 2000, pp. 348-350.
- LARA AGUADO, A., “Adopción internacional: relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del Derecho extranjero”, *R.E.D.I.*, vol. LX, 2008-I, pp. 128-145.
- LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., “Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil”, en *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración, Cuadernos de Derecho Civil*, 2004, pp. 83-132.
- MASEDA RODRÍGUEZ, J. “La toma en consideración del Derecho extranjero por la D.G.R.N. en materia de adopción internacional”, en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 351-360.

- , “La interpretación judicial del Derecho extranjero”, *Rev. Der. Privado*, 1997, pp. 793-822.
 - , “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2002, pp. 413-446.
- MOLÍNS GARCÍA-ATANCE, E., “La aplicación de la ley extranjera por los Tribunales españoles y la posición que debe adoptar el juez en estos procesos”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, J. PICO I JUNOY/X. ABEL LLUCH, 2007, pp. 277-300.
- RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 17, Madrid, 2005, pp. 87-130.
- , “Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2006, pp. 1999-2015.
- VAN LOON, J.H.A., “Report on Intercountry Adoption”, *Hague Conference on International Private Law*, abril 1990, anexo C, pp. 11-31.
- VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, Civitas, Madrid, 2000.
- , *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007.

Algunos aspectos jurídico-constitucionales con relación al abordaje de buque pirata en alta mar: función de policía de la armada, abordaje y registro de la nave y pautas en orden a la detención de sospechosos

Alberto Oehling de los Reyes

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de las Islas Baleares

Recibido: 20.05.2011

Aceptado: 31.05.2011

Resumen: El fortalecimiento de vías legales para asegurar el respeto de los derechos humanos de los prisioneros o detenidos por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas en operaciones en el exterior es una cuestión de indudable relevancia constitucional. Ese interés ha tomado más importancia en España a raíz de la cada vez mayor implicación y peligrosidad de las misiones que desarrolla el Ejército en el extranjero, como por ejemplo, Irak, Afganistán o la Operación Atalanta. El presente trabajo tiene por objeto hacer un análisis aproximativo de en qué medida puede actuar la Armada española, en orden a la detención de piratas en alta mar, tratando de preservar los derechos humanos de los detenidos y, más allá, en pro de la garantía, en la medida de lo posible, de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución de 1978.

Palabras clave: Armada española, Constitución española, derechos humanos, derechos fundamentales, dignidad de la persona.

Abstract: *The strengthening of legal ways to guarantee the human right's respect of the prisoners or the persons under arrest made by the members of the Army in foreign operations is a question of undoubted constitutional importance. That interest has had more significance in Spain with the growing implication and riskiness of the soldier's missions abroad; for example: Irak, Afganistán o la Operación Atalanta. This work has the objective of doing an approximate analysis of how the Spanish Navy, can arrest pirates trying to preserve the human rights of the arrested persons and, further away, in favour of the guarantee, if possible, of the fundamental rights content in the Constitution of 1978.*

Keywords: *Spanish Navy, Spanish Constitution, human rights, fundamental rights, person's dignity.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRESUPUESTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONALES DE ACTUACIÓN. 3. FUNCIÓN DE POLICÍA DE LA ARMADA. 4. USO DE LA FUERZA: ATAQUE, ABORDAJE Y REGISTRO DE LA NAVE. A) Introducción. B) Límites genéricos: principio de necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza. C) Legítima defensa y ataque. D) Abordaje y registro de la nave. a) Procedimiento de ejercicio. b) Neutralización de la tripulación contraria. c) Inspección de cámaras «aptas para la vida íntima» del buque. d) Competencia de los miem-

bros de la Policía Naval para la práctica de la diligencia. e) Practica de la diligencia. E) Incautación y hundimiento. 5. PAUTAS EN ORDEN A LA DETENCIÓN DE SOSPECHOSOS. A) Introducción. B) Retención a los solos efectos de ejercicio del derecho de visita. C) Detención. D) Plazo de detención. E) Libro-registro de detenidos. F) Derechos del detenido. a) Garantía de información al detenido. b) Derecho a no ser obligado a declarar. c) Derecho a asistencia de un abogado. d) Derecho a comunicar el hecho de la detención. e) Derecho a interponer recurso de habeas corpus.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta fácil imaginar hasta qué punto una nueva situación como era la reaparición del fenómeno de la piratería en el mar, cuyos efectos se han hecho sentir para nuestro país sobre todo desde el secuestro del atunero Playa de Bakio en abril de 2008¹, en escalada creciente desde entonces, tuviera que dar lugar también a problemas importantes en orden a su tratamiento jurídico.

La progresión en la participación en misiones internacionales, principal novedad a la que tuvieron que hacer frente las FF.AA desde 1989, en cumplimiento de nuestras obligaciones respecto a las Naciones Unidas o como miembro de la UE o de la OTAN, ha hecho y hace necesario el estudio continuado de vías jurídico-políticas para tratar de hacer aún más compatible la intervención en operaciones de carácter militar no sólo dentro de los mínimos establecidos por el «Derecho Internacional de los Conflictos Armados», sino, más allá, procurando el mayor nivel de cumplimiento de los derechos fundamentales dentro del marco de garantía reconocido por nuestra Constitución y nuestro régimen jurídico.

Especial importancia presenta, en este ámbito material, la garantía de unos derechos mínimos de los prisioneros y detenidos en este tipo de operaciones. La articulación de institutos de protección de nivel internacional, como es el caso del Convenio de Ginebra de 1949, relativo al trato de prisioneros de guerra, o la aparición a nivel nacional de disposiciones normativas que precisan expresamente el deber del militar de respetar la dignidad de la persona y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las FF.AA, por poner dos ejemplos significativos; la configuración de unos determinados supuestos punibles que cifran como delito actos como atentar contra la vida, la integridad del prisionero o el infringirle cualquier tipo de trato inhumano (artículos 69, 71, 76 y 78 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar), son algunas de las muestras del

¹ Sobre las vicisitudes de este hecho, véase la comparecencia del Ministro de Asuntos Exteriores ante la Comisión del Congreso de Asuntos exteriores, para informar sobre las actuaciones llevadas a cabo por el Gobierno en relación con el secuestro del pesquero «Playa de Bakio», en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 27, año 2008, pp. 30-33.

alcance que ha cobrado esta cuestión en los Estados constitucionales modernos, pero también de la necesidad de promover revisiones legislativas para prever vías de actuación ante las situaciones nuevas que se vayan sucediendo lo más ajustadas al marco de garantías establecido por los Tratados internacionales y la Constitución española y evitar –en la medida de lo posible– la improvisación en cuestiones tan delicadas como son la protección de la dignidad de la persona y los derechos fundamentales.

La importancia que, cada vez más, va tomando esta necesidad, puede también entreverse muy bien recordando algunas de las misiones en las que han tenido que participar las FF.AA en los últimos años, que han sido particularmente intensas y en las que se tuvieron que tomar prisioneros. Piénsese, por ejemplo, es el caso del incidente de la isla de Perejil en el año 2002² o en la intervención española en el conflicto de Irak³. Ahora bien, la problemática que se suscita ante la necesidad de profundización en el nivel mínimo de garantías para la protección del prisionero o detenido por acción de las FF.AA quizás no se perciba con tanta claridad como en el caso de detención tras el abordaje de un buque pirata en alta mar. Por un lado, ya que, por ahora, no se ha perfilado un marco jurídico que regule exhaustivamente la posible función de policía de la Armada, que determine las condiciones de detención y privación de libertad –aunque sea temporal– a bordo de un buque militar y hasta qué punto puede el Comandante al mando de la nave imponer medidas de restricción de derechos individuales por razones excepcionales de seguridad a bordo. Y, por otro lado, porque la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre, relativa a la Operación Militar de la UE para contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería en las costas de Somalia⁴, abre la posibilidad de que el ejercicio de la jurisdicción y el en-

² En este caso, según la comparecencia del entonces Ministro de Defensa, el Sr. Trillo Figueroa y Martínez-Conde, se procedió, sin necesidad de enfrentamiento alguno, a la «retención» de los seis militares marroquíes capturados, que fueron tratados de acuerdo con las instrucciones con el máximo respeto que exigía su condición militar y entregados a las pocas horas a las autoridades marroquíes a través de los puestos fronterizos de Ceuta por la Delegación del Gobierno. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 543, año 2002, pp. 17349 y ss.

³ Hoy se sabe que «en Irak hubo 111 detenidos, de los cuales se entregaron 78 a la policía iraquí y 33 al Centro de Confinamiento de Bagdad, siguiendo el procedimiento para ello. No habiéndose recibido de ningún organismo internacional queja de soldado español alguno por haber vulnerado los derechos humanos». Véase «Contestación del Gobierno sobre personas detenidas por las tropas españolas en Irak y en Afganistán posteriormente puestas a disposición de las tropas estadounidenses» en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, n.º 386, Serie D, 16 de mayo de 2006, p. 207.

⁴ Acción común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre del 2008, relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada en las costas de Somalia (*DO L* 301, de 12 de noviembre de 2008).

juiciamiento de los detenidos por actos de piratería ceda ante un tercer Estado que la ejerza en lugar del Estado del buque que realiza la detención. El tercer país, de conformidad con el denominado «Canje de notas entre la UE y el Gobierno de Kenia sobre las condiciones de entrega de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería»⁵, es la República de Kenia. Y, de esta suerte, los piratas detenidos por la *European Union Naval Force* (EUNAVFOR) pueden ser desembarcados en las costas de Kenia, a efectos de que sean los órganos judiciales de este país los que procedan a su enjuiciamiento. Con lo cual, la cuestión del grado de respeto de los derechos humanos, eficacia de garantía de tutela judicial e incluso la situación de las cárceles del tercer país, se convierte por necesidad en una base para evaluar la conveniencia de tal eventualidad.

Si se parte de los casos concretos en los que la Armada ha tenido que proceder a la detención de piratas en el marco de la «Operación Atalanta», en el Golfo de Adén o en el Índico, también se pueden observar muy bien las complejidades que revisten este tipo de situaciones. En primer lugar cabe recordar cómo el Buque Marqués de la Ensenada, los días 6 y 7 de mayo de 2009, detuvo catorce piratas y las dificultades jurídicas que se suscitaron posteriormente. En este caso, siguiendo el artículo 23.4 (c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 100 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, a tenor de los cuales la jurisdicción española podría tener competencia para conocer de los hechos realizados por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse como piratería, el Juez competente de la Audiencia Nacional entendió—con el informe favorable del Fiscal— que podían ser enjuiciados y, en su caso, encarcelados en España, imputándoles los delitos de detención ilegal, robo con violencia y empleo de armas (artículos 163 y 242 del Código Penal, respectivamente). El Fiscal cambió después de posición y, sobre la base del citado Canje de notas entre la UE y el Gobierno de Kenia, solicitó la puesta en libertad de los detenidos a efectos de su posterior entrega a las autoridades de Nairobi. Lo que se traduciría luego en el hecho de que, puesto que nadie instó la prisión provisional (artículo 505.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el Juez se viera forzado a decretar su libertad provisional, aunque sin exigir el traslado de los detenidos a Kenia⁶. En consecuencia el Fiscal y la Abogacía del Estado procedieron a redactar sus recursos para evitar la puesta en libertad de los piratas y conseguir su entrega a las autoridades de Kenia. Como contrapartida,

⁵ Canje de Notas entre la Unión Europea y el Gobierno de Kenia sobre las condiciones y modalidades de entrega de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería y detenidas por la fuerza naval EUNAVFOR dirigida por la UE, así como de las propiedades incautadas en posesión de EUNAVFOR, de EUNAVFOR a Kenia y con vistas a su trato después de su entrega, de 6 de marzo de 2009 (*DO L 79*, de 25 de marzo de 2009).

⁶ Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2009.

en el intento de solventar la contradicción entre la liberación de los inculpados y la operatividad de la contribución española a la seguridad en la zona, e impedir que quedasen impunes los actos ilícitos realizados, el Juez, *in extremis*, dictaría providencia autorizando la entrega de los detenidos a las autoridades de Kenia⁷. No hace falta precisar más los hitos legales a través de los cuales se desarrollo este procedimiento. Lo que importa señalar es que, desde que fueron detenidos hasta que fueron puestos a disposición de la policía de Mombasa, el 17 de mayo de 2009, los piratas somalíes pasaron trece días retenidos en el buque, sin que se supiera cómo se podían hacer efectivas las mínimas garantías reconocidas en el artículo 17 de la Constitución y, por extensión, del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Además, en este caso, se dio la circunstancia de que uno de los detenidos se lesionó por un golpe en el momento de la detención.

En segundo lugar hay que citar el secuestro del pesquero español Alakrana, el día 3 de octubre de 2009, y la detención posterior por soldados de Infantería de Marina de dos de los piratas implicados. La primera y decisiva diferencia con el caso anterior es que ahora se trataba de un ataque a un buque español y de un secuestro a ciudadanos españoles, lo que suponía que la Audiencia Nacional tenía plena jurisdicción para procesar a los detenidos (artículos 65.1.e y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). No vamos a discutir aquí la oportunidad de la detención de estos piratas, cuestión a la que la Armada estaba obligada según las propias normas de actuación de la Operación internacional⁸, ni tampoco los motivos del Juez competente para abrir diligencias y ordenar su traslado a España, justificada, en definitiva, sobre la base de la denuncia presentada por la Abogacía del Estado y la petición de prisión para los dos somalíes que realizó la Fiscalía⁹. Importa, no obstante, apuntar

⁷ En la providencia dictada, el magistrado-juez de la Audiencia Nacional, especificaba que «el Auto dictado en la presente causa de fecha de 8 de mayo de 2009 no impide el desembarco de los inculpados en Kenia o en cualquier otro punto que, por el Comandante de la Fuerza Naval o la Autoridad competente que corresponda, se considere que reúne las condiciones de seguridad y operatividad que consideren necesarias» (Providencia del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional de 11 de mayo de 2009).

⁸ En cumplimiento del Artículo 2 de la Acción común 2008/851/PESC del Consejo de la UE. Véase también la comparecencia de la vicepresidencia del Gobierno para informar sobre las actuaciones llevadas a cabo para la liberación del buque Alakrana. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 126, de 25 de noviembre de 2009, pp. 34 y 35.

⁹ «La actuación del Juez Central se realizó en el marco de la más estricta legalidad, como Juez de Guardia y en respuesta a una denuncia presentada por la Abogacía del Estado, sin actuar de oficio. Ni el Juez de Guardia ni el Juzgado instaron a organismo alguno para que las personas fueran trasladadas a España, sino que cumplió con la ley al ordenar su traslado para legalizar la situación de las mismas, una vez les constó su detención». Véase así la «Nota Informativa de la Presidencia de la Audiencia Nacional en relación a la actuación procesal del Magistrado Juez Baltasar Garzón Real en el asunto del pesquero Alakrana», de 12 de noviembre de 2009.

dos circunstancias muy singulares que dificultaron la puesta a disposición judicial efectiva de los detenidos. Por un lado, por la propia complejidad y la duración del traslado (una semana), para lo que se requirió, además, de la colaboración de buques de otros países de la coalición. Y, por otro lado, porque, una vez en España, uno de los piratas alegó ser menor de edad. Por lo que se le tuvo que realizar previamente un examen forense en un Hospital a efectos de determinar si el pirata somalí era o no mayor de edad. La problemática, además, se agravaría desde el momento en que el informe médico afirmó, pero sin absoluta certeza, que el implicado tenía 18 años. Así las cosas, el Juez Central de Menores de la Audiencia Nacional –al entender que el sujeto era mayor– planteó cuestión de competencia negativa a favor del Juez del Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional. Lo que se tradujo después en el hecho de que, puesto que no había pruebas que certificaran sin lugar a dudas la mayoría de edad del detenido, el Juez del Juzgado Central de Instrucción devolviera otra vez la causa al Juez Central de Menores, al aplicar el principio *in dubio pro reo*, a saber: «caso de que existan dudas sobre la edad, éstas se resolverán a favor de la minoría de edad»¹⁰. Como solución a este nuevo problema en orden a la determinación de la competencia, se pidió un nuevo dictamen médico a efectos de determinar indubitadamente la edad del detenido y se decretó su ingreso en un Centro de Menores hasta que la propia Audiencia Nacional estableciera que juzgado debía conocer los hechos. Tras el nuevo informe forense, presentado el 2 de noviembre de 2009, se certificó la mayor edad penal del imputado, declarando la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional¹¹ la competencia definitiva del Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional para investigar la conducta atribuida al sospechoso.

Las dificultades de este caso se observan sobre todo en orden a las dilaciones y la incertidumbre respecto a la situación procesal del detenido. No obstante, hay que tener en cuenta otro aspecto: la jurisdicción del Juzgado de Menores de la Audiencia Nacional. En realidad, la competencia de ese órgano se reduce a situaciones de menores de edad que están acusados de terrorismo (artículo 2.4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores)¹². En el caso de que el pirata somalí, final-

¹⁰ SSTS de 25 de junio de 1965, 14 de enero de 1988, 18 de mayo de 1992 y 24 de septiembre de 1992. Cfr. Auto del Juzgado de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2009.

¹¹ Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2009.

¹² En principio, en el caso expuesto, la competencia sobre la investigación de los hechos hubiera podido recaer en el Juez de Menores del lugar donde se hubieran realizado los hechos delictivos, de conformidad con el artículo 2.3 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores. Ahora bien, la Fiscalía de Menores de Madrid declinó hacerse cargo de los hechos por cuanto éstos se habían realizado en el extranjero. Así las cosas, la Fiscalía de Menores de la Audiencia Nacional entendió que, dado que los hechos se habían realizado en el extranjero, la competencia podía ser asumida por el Juzgado de Menores de la Audiencia Nacional.

mente, hubiera sido realmente menor de 18 años, la asunción de competencia por el Juzgado de Menores de la Audiencia Nacional, como solución de compromiso, hubiera podido suponer la ilegalidad de la detención. Hay que recordar que la práctica de actos de investigación que afecten a los derechos fundamentales, caso de que el detenido sea menor, está muy matizada por la Ley Orgánica 5/2000. Pero es que, además, es regla típica, que el órgano judicial llamado a conocer de los hechos debe estar «investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación»¹³. Teniendo en cuenta, por tanto, el vacío jurídico de esta materia y la posibilidad de que las FF.AA se vean obligadas en algún otro caso a proceder a la detención de «niños soldado», es conveniente que el legislador realice las revisiones o previsiones normativas necesarias a efectos de evitar situaciones de improvisación como la descrita.

Las consecuencias de la improvisación se muestran también cuando se mira más allá de nuestras fronteras, en el marco europeo. Recuérdese, por ejemplo, el caso del abordaje de dos barcos y la detención de 10 piratas, el 17 de diciembre de 2008, por el buque danés HDMS Absalon, integrante de la fuerza marítima *Combined Task Force 150*. De conformidad con la legislación danesa, a tenor de la cual está prohibida la extradición a países en los que el inculpado pueda ser condenado a muerte o sometido a tortura, las autoridades judiciales de ese país determinaron que los detenidos no podían ser entregados a Somalia ni a ninguno de los países limítrofes y que, por tanto, debían ser procesados en Dinamarca. No obstante, al mismo tiempo se sopesaron las dificultades de deportar a los piratas tras el cumplimiento de condena y, tras seis días de detención, la idea de enjuiciamiento en Dinamarca sería reemplazada por una simple y rápida puesta en libertad de los sospechosos en una playa de Somalia¹⁴. Piénsese que también, el 25 de diciembre de 2008, la fragata alemana Karlsruhe procedió a la detención de unos piratas que habían atacado a un carguero egipcio y que, posteriormente, fueron igualmente puestos en libertad ante la incertidumbre del posible enjuiciamiento en Alemania y las dificultades de deportación de los sujetos a su país tras el cumplimiento de la condena¹⁵. El nexo común que se observa en estos ejemplos es la cuestión de que la falta de una legislación interna clara sobre la adopción de disposiciones respecto a los piratas después de que han sido capturados ha impedido que se tomen medidas realmente eficaces para atajar el problema¹⁶. Más, de-

¹³ SSTC 47/1983; 101/1984 y 147/1987. A mayor abundamiento, también cabe recordar que «una eventual irregularidad en la designación del Juez que debe entender de un proceso puede constituir una infracción del derecho del justiciable al Juez predeterminado por la ley del artículo 24.2 de la Constitución» (STC 31/1983).

¹⁴ Cit. en TREVES, T., «Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia», en *The European Journal of International Law*, Vol. 20, n.º2, 2009, p. 408.

¹⁵ Sobre ello y la polémica a que dio lugar, véase «Grüne und FDP kritisieren Freilassung von Piraten», en el rotativo *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 29 de diciembre de 2008.

¹⁶ Resolución 1851 del Consejo de Seguridad de la ONU, de 16 de diciembre de 2008.

trás de ello, está también la problemática de que los Estados, como ha destacado Treves, no están del todo dispuestos a someter a un procedimiento penal ante sus tribunales de justicia a los piratas¹⁷. El hecho de que el delito se haya realizado en un lugar tan lejano y la difícil consecución del procedimiento con todas las garantías; de una parte la dificultad de llevarlo a cabo en un plazo razonable y de implementar el derecho de defensa; de otra las dificultades en orden a la investigación, la obtención de pruebas o de asegurar la presencia de testigos, apuntan a un encarecimiento del proceso que los Estados no están dispuestos a asumir en todo caso. También la posibilidad de que los piratas opten por permanecer en el país tras el cumplimiento de la condena o realicen peticiones de asilo son temores que agravan la solución de este fenómeno.

2. PRESUPUESTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONALES DE ACTUACIÓN

No establece nuestra Constitución, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la Ley Fundamental alemana¹⁸, ningún tipo de requisito explícito en orden a la participación de las FF.AA en misiones internacionales. La cláusula del artículo 8.1 de la Constitución, aparte de mencionar su función de garantía de la soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el orden constitucional, «no limita taxativamente el ámbito de actuación de los Ejércitos»¹⁹. Sin embargo, el artículo 8.2 de la Constitución, desvía la posibilidad de delimitación de esta cuestión al legislador a través de ley orgánica. En estas circunstancias, y de acuerdo a la Constitución y la vigente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, se puede decir que la intervención militar actual en misiones internacionales se articula sobre la base de dos pilares fundamentales: por un lado, en cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales, que «encuentra su fundamento último en la voluntad de la Nación de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas entre todos los pueblos de la tierra» (Preámbulo)²⁰; por otro lado,

¹⁷ TREVES, T., «Piracy, Law of the Sea...», cit., p. 408.

¹⁸ El artículo 87.a.2 de la Ley Fundamental establece que «fuera de la defensa, las Fuerzas Armadas podrán utilizarse, sólo cuando así lo autorice expresamente la presente Ley Fundamental». En Alemania la participación en la Operación Atalanta se sostiene, por un lado, en el mandato de la Unión Europea y, además, en las resoluciones de las Naciones Unidas, por otro lado, en el propio artículo 24. 2 de la Ley Fundamental, que afirma que «la Federación puede adherirse a un sistema de seguridad colectiva mutua». Casi en estos mismos términos, WIEFELSPÜTZ, D., «Die Beteiligung der Bundeswehr am Kampf gegen Piraterie», en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 2009, 4, pp. 136 y 137.

¹⁹ LÓPEZ RAMÓN, F., *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, 1987, p. 328.

²⁰ 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*, n.º 70, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 196.

en el principio democrático, por cuanto corresponde al Congreso de los Diputados, de conformidad con los artículos 4.2 y 17 de la Ley 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, decidir o «autorizar, con carácter previo, la participación de las FF.AA en misiones fuera del territorio nacional»²¹.

En primer lugar, el deber de cumplimiento de las obligaciones internacionales, desde la perspectiva del tema objeto de estudio, en el plano jurídico positivo, se puede derivar de normas de rango internacional como el Convenio de Ginebra de 1948 sobre Alta Mar, de 29 de abril de 1958²², y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay, de 30 de abril de 1982 (Convenio de Jamaica)²³, por las que se determina la obligación de «todos los Estados de cooperar en la medida de lo posible en la represión de la piratería en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado» (artículos 14 y 100, respectivamente). La validez y eficacia de estos textos deviene de su ratificación y publicación en el ordenamiento interno, en los términos del artículo 96.1 de la Constitución. Es indiscutible, por tanto, que estos documentos internacionales bastan, como elemento legitimador de la intervención militar. Pero, por otra parte, esta posibilidad se ha fortalecido desde que las Naciones Unidas han aprobado la Resoluciones 1816, 1846 y 1851²⁴, como consecuencia del agravamiento progresivo de la piratería sobre todo en el Golfo de Adén y en Somalia²⁵. Las razones que justifican la intervención militar por parte del Consejo de Seguridad son claras: evitar el robo a mano armada de buques de transporte de ayuda humanitaria a la zona y asegurar las rutas comerciales marítimas y la navegación internacional. Por otro lado, de forma paralela, la Unión Europea ha emprendido una acción militar en apoyo de las Resoluciones 1816, 1846 y 1851 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, denominada Atalanta, con los mismos fines (Acción Común 2008/851/PESC del Consejo)²⁶.

²¹ Sobre ello, en detalle, CALAFELL FERRÁ, V., «Cortes Generales y misiones militares en el exterior: la autorización del Parlamento para enviar tropas españolas al extranjero», en Isidro SEPÚLVEDA (Edit.), *España en las operaciones internacionales de pacificación*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2009, pp. 379-392.

²² BOE n.º 309, de 27 de diciembre de 1971, pp. 20.994-20.997.

²³ BOE n.º 39, de 14 de febrero de 1997, pp. 4.996-5.055.

²⁴ Resolución 1816 del Consejo de Seguridad de la ONU, de 2 de junio de 2008, Resolución 1846 del Consejo de Seguridad de la ONU, de 2 de diciembre de 2008 y Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, de 16 de diciembre de 2008.

²⁵ Véanse estadísticas y porcentajes recientes en *Piracy and Armed Robbery Against Ships. Annual Report 2008*, ICC. International Maritime Bureau, Londres, 2009, pp. 5-22; *Piracy and Armed Robbery Against Ships. Report for the Period 1. January-30. September 2009*, ICC. International Maritime Bureau, Londres, 2009, pp. 6-22. Documentos disponibles en <http://icc-ccs.org>

²⁶ El marco jurídico básico de la intervención también se halla delimitado por la Acción común 2008/749/PESC, del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la acción de coordinación militar de la Unión Europea en apoyo de la Resolución n.º 186 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (EU NAVCO) (DO L 252, de 20 de septiembre de 2008).

En segundo lugar, la implementación del principio democrático en orden a las intervenciones militares en el extranjero ha supuesto la introducción de dos novedades en nuestro ordenamiento jurídico: por un lado, la obligación de que la participación de las FF.AA fuera del territorio nacional sea la manifestación de la voluntad de la mayoría del Congreso de los Diputados; por otro lado, supone una limitación de las facultades del Gobierno en su función de dirección de la política de defensa²⁷ (artículo 97 de la Constitución). Ya en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal, en su decisión de 12 de julio de 1994, entendió que toda misión de las Fuerzas Armadas requiere de la aprobación previa del *Bundestag*²⁸. A la misma concepción responde la consideración de las FF.AA como «ejército del Parlamento, integrado en el orden constitucional estatal democrático»²⁹. En esta misma línea, en el marco de las operaciones internacionales, se encuadra la Ley 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. Y, en cumplimiento de este requisito, encontramos la Solicitud de autorización del Congreso de los Diputados, de 21 de enero de 2009, para la participación de un contingente militar español en la «Operación Atalanta» de la Unión Europea para luchar contra la piratería en aguas de Somalia³⁰.

En términos generales cabría entender la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, como se ha dicho, elemento legitimador del uso de la fuerza para represión de la piratería y, en su caso, la detención y enjuiciamiento de piratas. Ya Kelsen destacó el carácter obligatorio, en el caso excepcional de la piratería, de las normas de Derecho internacional en el mismo nivel de las normas de Derecho interno. Kelsen llega a propugnar, en este caso particular, la innecesariedad de una norma penal de Derecho nacional que trasponga el mandato internacional. La obligatoriedad de la represión de la piratería se basa aquí en el carácter especial del ilícito y la facultad del Estado de actuar como «órgano de la comunidad internacional». «El principio *nulla poena sine lege* –llega a escribir Kelsen– sería respetado incluso en ausencia de una norma de derecho nacional, ya que existe una norma internacional que autoriza a castigar al pirata»³¹. Siguiendo esta línea, considerando la piratería como un delito especialmente contrario a un «sistema de valores internacionales comunes»³², entre nosotros, algunos au-

²⁷ CALAFELL FERRÁ, V., «Cortes Generales y misiones militares...», cit., p. 391.

²⁸ BVerfGE 90, 286 (381).

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Sometida a votación la solicitud de autorización, se aprobó por una mayoría de 311 votos a favor y dos abstenciones. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 58, 2009, pp. 2-17.

³¹ KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995, pp. 409 y 410. Traducción de Eduardo García Máynez.

³² LUCCHINI, L. / VOELCKEL, M., *Droit de la Mer*, Vol. I, Pedone, Paris 1990, p. 292.

tores (Corrales Elizondo³³, Ollé Sesé³⁴) también han apuntado que, con una interpretación amplia del artículo 100 de la Convención de las Naciones Unidas, podría comprenderse la piratería en el mar como un delito contra la comunidad internacional perseguible por todos los países de acuerdo al principio de jurisdicción penal internacional y que, por tanto, podrían conocer nuestros tribunales de los delitos de piratería cometidos tanto por súbditos españoles como extranjeros.

No obstante, hay que tener en cuenta el carácter fundamental en el ordenamiento constitucional moderno del principio de legalidad penal, que presupone la delimitación previa en la norma de las conductas punibles y las consecuencias jurídicas de su comisión. De hecho, la regulación de la piratería está prevista en algunos Estados constitucionales con diversa intensidad y grado. Así, mientras que en Estados Unidos se contempla directamente en la Constitución la facultad del Congreso «para definir y castigar la piratería y otros delitos cometidos en alta mar» (artículo 1. Sección 8)³⁵, en Inglaterra se considera como «una ofensa *ipso facto* al Derecho inglés»³⁶, quedando expresamente tipificada como delito por el *Piracy Act*³⁷. Alemania, por otro lado, recoge esta forma delictiva de forma no expresa, bajo el rótulo «ataques en la seguridad del tráfico marítimo» (§ 316.c del *Strafgesetzbuch*)³⁸. También nuestro Código penal de 1973 sancionaba directamente, en su artículo 138, «el delito de piratería cometido contra españoles o súbditos de otra nación» con una pena de reclusión mayor³⁹.

³³ CORRALES ELIZONDO, A., *Soluciones jurídicas en relación a la piratería y otros delitos graves en la mar*, pp. 10 y 11 Disponible en red en <http://www.asesmar.org/>

³⁴ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley-Universidad Nebrija, Madrid, 2008, pp. 107-111, 355-359.

³⁵ El Congreso ha llegado a implementar este tipo de obligación internacional. Véase, así, por ejemplo, el U.S. Code, Título 18, Parte I, Capítulo 81-§1651 (1996), cuando dice que «todo aquél que, en alta mar, cometa el delito de piratería y sea detenido o encontrado en los EE.UU., será castigado con la pena de cadena perpetua».

³⁶ LOWE, V., «The United Kingdom and the Law of the Sea», en TREVES T. y PINESCHI, L., (Edit.), *The Law of the Sea: The European Union and its members states*, Martinus Nijhoff Publisher, Países Bajos, 1997, p. 545.

³⁷ Véase, *Piracy Act 1837*, Capítulo 88, donde se establece que «todo aquél que con intención de cometer, bien sea en los prolegómenos o después de la comisión, el delito de piratería contra un barco o embarcación, ataque con intención de matar a alguna de las personas de a bordo o que forme parte de la tripulación, ataque con arma blanca o hiera a cualquier persona o realice algún tipo de acto ilegal por el que ponga en peligro la vida de personas, será culpable de delito grave».

³⁸ Este artículo establece una pena privativa de libertad no inferior a cinco años para todo aquél que utilice violencia, constriña la libertad individual de la persona o realice cualquier acto destinado a conseguir tomar o influir en el mando de un barco de transporte marítimo civil.

³⁹ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1972, de 15 de noviembre (Libro II, Título I, Capítulo IV [Art. 138 y 139]).

En este contexto, encontramos la regulación actual de este fenómeno en nuestro ordenamiento jurídico vigente. Hay que decir que el artículo 23.4(c) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial reconoce la competencia de la «jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española» como piratería, se podría entender, de conformidad con ello, que nuestros tribunales son efectivamente competentes para conocer de ese tipo de acto punible. Ahora bien, en tanto el Código penal de 1995 no tipificaba como acto punible la piratería y debido al carácter imperativo del principio de legalidad penal, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución de 1978, que presupone que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento» (artículo 25.1 de la Constitución), no quedaba del todo claro cómo se podía implementar la atribución de jurisdicción del artículo 23.4 de la Ley 6/1985. Como solución a esta incoherencia y, en definitiva, para acomodar la normativa penal a nuestras obligaciones de Derecho internacional, el legislador ha aprobado la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. En este documento, se incluye en el Libro II, Título XXIV, un nuevo Capítulo V, bajo el título «Delito de piratería»⁴⁰. Esta normativa no sólo se limita a tipificar como acto punible la piratería⁴¹, sino que también sanciona la mera desobediencia ante las indicaciones de un buque o aeronave militar con ocasión de la realización de operaciones o maniobras para la persecución o prevención de hechos de este tipo⁴². Y yendo más allá, también califica como sancionable la

⁴⁰ *BOCG*, Congreso de los Diputados, n.º A.52-1, de 27 de noviembre de 2009, p. 40. Un análisis crítico de los preceptos relativos a la piratería del Anteproyecto puede verse en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J., «La represión del crimen internacional de piratería; una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional», *Real Instituto el Cano*, n.º 73, 2009, pp. 4 y 5. Disponible en red en <http://www.realinstitutoelcano.org>

⁴¹ El artículo 616 ter se expresa con el siguiente tenor: «El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado con la pena de prisión de diez a quince años. En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que corresponda por los delitos cometidos».

⁴² El nuevo artículo 616 quáter se expresa con el siguiente tenor: «1.- El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra o aeronave militar u otro buque o aeronave al servicio del Estado español y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. 2.- Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión. 3.- En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que corresponda por los delitos cometidos».

conducta de todo aquel que, aún cuando no haya participado en la comisión del delito, intente, con posterioridad a su ejecución, ayudar –en los términos expuestos en el artículo 451 del Código Penal– a los presuntos responsables a eludir la investigación o sustraerse de su búsqueda y captura.

3. FUNCIÓN DE POLICÍA DE LA ARMADA

La base elemental que determina las funciones de las FF.AA es el artículo 8.1 de la Constitución. Conforme a este precepto, «el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional». Ahora bien, estas funciones –como ha enfatizado Oliver Araujo– no son las únicas que cumple la Armada y deben comprenderse en un sentido más amplio⁴³. Cuando el artículo 8.1 de la Constitución asigna a la Armada la misión de proteger la integridad territorial y el orden jurídico-constitucional del país, está apuntando a algo más que a estos fines genéricos de protección del Estado: por un lado, la defensa de la integridad territorial presupone, a la vez, la protección de los nacionales y de las comunicaciones e intereses marítimos y de la flota mercante, también en alta mar; por otro lado, la defensa del orden constitucional equivale a velar por el cumplimiento de las leyes y convenios internacionales en el ámbito marítimo⁴⁴. Aparte, con base al principio de «cooperación internacional» (Preámbulo constitucional), se reconoce la asunción de labores de apoyo y participación en operaciones de asistencia humanitaria en casos de catástrofes o situaciones de emergencia en terceros países⁴⁵.

El planteamiento señalado está, en ciertos aspectos, presente en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (artículos 15 y 16). Este texto desarrolla las funciones expresas de la Constitución y parece ampliar enormemente su campo de actuación, sobre todo en lo que se refiere a operaciones de mantenimiento de la paz y estabilización internacional. No vamos a entrar ahora en las razones que han llevado a realizar una reformulación de las funciones de las FF.AA, justificada, en definitiva, como deja entrever la Directiva de la Defensa Nacional 1/2008, en el hecho de que la pro-

⁴³ OLIVER ARAUJO, J., «El deber constitucional de defender a España», en FERNÁNDEZ SEGADO, F., (Edit.), *El Servicio Militar: Aspectos jurídicos y socio-económicos*, Dykinson, Madrid 1994, p.30.

⁴⁴ Compárese NÚÑEZ LACACI, F., y TORRENTE SÁNCHEZ, F., *La Armada: Esa desconocida*, San Martín, 1983, Madrid, pp. 115 y 116.

⁴⁵ Sobre este tipo de misiones, desde una perspectiva de Derecho internacional, véase, DE CASTRO SÁNCHEZ, C., *Las acciones armadas por razones humanitarias ¿hacia una injerencia humanitaria? Una aproximación teórico-práctica*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp.127-139.

tección a largo plazo de los valores y los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico requiere de un esfuerzo paralelo en orden a lograr un orden internacional estable y seguro⁴⁶. Importa, no obstante, dejar constancia que esta interpretación de los fines primarios de las FF.AA del artículo 8.1 de la Constitución y su consecución ha requerido de una diversificación de sus obligaciones en caso de participación en operaciones en el extranjero. Servicio de apoyo logístico a proyectos de investigación científica, prestación de auxilio a víctimas de catástrofes naturales, transporte y distribución de ayuda humanitaria y reconstrucción de edificios se sitúan, así, también en parte de la actividad de la Armada, que no sólo debe establecer un entorno seguro a través de cometidos de protección y escolta, sino que debe ella misma participar en la provisión de ayuda humanitaria y reconstrucción de infraestructuras. La misión del BIO Las Palmas o del Hespérides en la Antártida, el envío del buque Galicia a Centroamérica para hacer frente a las consecuencias del huracán Mitch, en 1998, la misión «Respuesta solidaria» en Indonesia, con motivo del tsunami de 2005 y, más recientemente, el envío del buque Castilla a Haití, no hacen sino avalar el carácter polifuncional actual de la Armada⁴⁷.

Es esta ampliación de las funciones de la Armada la que ha permitido plantear también la posibilidad de reafirmación de competencias policiales en teatros de operaciones como el del Golfo de Adén o el Índico, cuya última razón de ser habría que buscarla no sólo en el hecho de que se ha producido una progresiva difuminación de los límites entre seguridad interna y seguridad exterior, sino también en la dificultad de que puedan ser otros institutos (Policía o Guardia Civil) los órganos que puedan desarrollar una misión de estas características, en un espacio tan lejano y vasto, que requiere un gran lujo de medios⁴⁸. En este sentido, una eventual encomienda –como la de la Acción Común 2008/851/PESC, que permite la detención de personas sospechosas de haber cometido piratería (artículo 2.e)– de funciones típicamente policiales, es, desde nuestro punto de vista, factible⁴⁹. De hecho, con inde-

⁴⁶ En sentido parecido, COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 112, quien habla de las nuevas funciones del Ejército como un «proceso de mutación de las operaciones militares clásicamente entendidas, y que permite crear un nexo causal que lleva, al fin y a la postre, a señalar misiones a miles de kilómetros vinculadas a la directa seguridad del Estado».

⁴⁷ Críticamente, pero justificando este tipo de misiones, como solución transitoria, en situaciones en las que las condiciones de seguridad estén muy deterioradas o en casos de imposibilidad de distribución de alimentos, agua, electricidad y sanidad. TAFALLA BALDUZ, A., «Soldados: ni miembros de ONG ni bomberos», en el diario *El Mundo*, 7 de enero de 2010, p. 17.

⁴⁸ PÉREZ RAMÍREZ, E., «Estrategias de Seguridad y Defensa», Conferencia pronunciada con motivo del *Curso de experto en Seguridad y Defensa: Gestión de crisis y comunicación*, en la Universidad Alfonso X el Sabio, el día 8 de enero de 2010.

⁴⁹ Una opinión en contrario en REGUEIRO DUBRA, R., «El uso de la fuerza en el mar y la Operación Atlanta de la Unión Europea», en el colectivo *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2009, p. 151.

pendencia de que también cabe la alternativa de embarcar personal de la Policía Nacional o de la Guardia Civil para el desarrollo de ciertas operaciones⁵⁰ y la tradicional labor de seguridad del buque o de la zona militar por parte del centinela, el Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las FF.AA –que deroga el Tratado IV de las Reales Ordenanzas de la Armada– establece la posibilidad de que la Policía Naval desempeñe funciones de seguridad de cariz netamente policial, reconociendo expresamente su carácter de «agentes de la autoridad» en ejercicio de sus funciones (artículo 29.2) e, incluso, su capacidad para intervenir, en ausencia de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y dentro de los márgenes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en caso de delito *in fraganti* (artículo 32). Además, establece que los cometidos que el ordenamiento jurídico asigna a la Policía Naval se pueden desempeñar en el ámbito de operaciones en el exterior. Pero es que, llegando más allá, de acuerdo a la Disposición adicional 1ª, se extiende a las propias dotaciones de los buques de la Armada el carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de funciones de vigilancia y seguridad marítima atribuidas legalmente o por convenios internacionales suscritos por España. Y, en fin, también cabe recordar aquí la Disposición adicional 3ª de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, que reconoce igualmente este carácter a los miembros de unidades de Policía Militar en el ejercicio de labores de colaboración con otras instituciones públicas en situaciones de «grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas».

En definitiva, las funciones que realizan los miembros de las FF.AA, o al menos una parte importante de ellos, son heterogéneas y exceden en algunos casos las labores de carácter estrictamente militar, a veces –sirvan aquí de ejemplo las funciones realizadas por los miembros de la Armada en el marco de la Operación Atalanta– excesivamente similares a las realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En este contexto, hay que destacar las funciones de tipo policial y seguridad pública de la Policía Militar. Es por esto que sería conveniente un marco legal más pormenorizado de sus límites de actuación⁵¹. A tal efecto el novísimo Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, se presenta ralo y escueto. Si este tipo de unidades especiales no

⁵⁰ Recuérdese aquí, por ejemplo, el reciente caso del *Destiny Empress*, buque oceanográfico de bandera desconocida que fue capturado en alta mar, cerca de Canarias, por el buque de la Armada *Serviola*, el día 20 de diciembre de 2009. El abordaje se produjo por miembros de los GEO de la Policía Nacional que habían sido embarcados previamente para la realización de la maniobra.

⁵¹ En este sentido, TAFALLA BALDUZ, A., «¿Policías o militares?» en el diario *El Mundo*, 19 de noviembre de 2009, p. 27, para quien «se debería crear un marco jurídico adecuado para cuando nuestros marinos y soldados son enviados a combatir en conflictos de guerra irregular (...), que incluyera cómo tratar a nuestros enemigos que no tienen los rasgos tradicionales del soldado combatiente».

sólo realizan misiones de protección de instalaciones militares, sino también operaciones de escolta de convoyes en la vía pública, traslado de presos de establecimientos penitenciarios de disciplina militar, protección de autoridades y labores de control de tráfico (artículos 14 y 30 del Real Decreto 194/2010), e, incluso, en situaciones excepcionales, tienen la obligación de proteger intereses privados⁵² e intervenir en caso de delito flagrante no estaría de más, puntualizar la forma y grado en que se deben realizar estas actividades complementarias, sobre todo la posibilidad de uso de medios coercitivos como la fuerza física, defensas de goma o utilización de esposas y pautas para la realización de detenciones⁵³. No sería tampoco cuestión baladí, especificar normativamente la necesidad de que los miembros de este tipo de unidades especiales realizaran periódicamente cursos de actualización en materia de derechos fundamentales.

4. USO DE LA FUERZA: ATAQUE, ABORDAJE Y REGISTRO DE LA NAVE

A) Introducción

Las posibilidades y modo de uso de la fuerza en el mar es hoy principalmente objeto de estudio del Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Hay unas reglas clásicas consuetudinarias que rigen la guerra marítima, fundamentalmente, respeto a las normas de Derecho Internacional Humanitario, reconocimiento de la legítima defensa bajo sujeción a los principios de necesidad y proporcionalidad del ataque, marco de acción en zonas de guerra u

⁵² Véase así FISCHER-LESCANO, A. y KRECK, L., «Piraterie und Menschenrechte. Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Rahmen der europäischen Operation Atalanta», en *Diskussionspapier:Zentrum für Europäische Rechtspolitik*, Universidad de Bremen, n.º 3, 2009, p. 33, para quien «la piratería es un delito privado qua definitionem», cuya persecución cae dentro de las funciones típicas de la policía.

⁵³ En este sentido, como modelo, cabe destacar lo que señala la Sección 3ª de la *Ley alemana para el uso de la coacción directa y el ejercicio de medidas especiales por soldados de la Bundeswehr* (Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr [UZwGBw]) que dice lo siguiente: «§10. 1.-La coacción directa es la actuación sobre personas o cosas a través de la fuerza física, ciertos medios y a través de las armas. 2.-La fuerza física es toda actuación física directa a personas o cosas. 3.-Medios de fuerza física son, particularmente, los grilletes, las barreras y las propias patrullas. 4.- Armas son aquellas autorizadas oficialmente, armas blancas, armas de fuego, gases irritantes y medios explosivos. §11. El fin de la coacción directa es la disuasión, salvo cuando la situación no permita otra opción. §12. 1.-Con la aplicación de medidas de coacción directa se adoptaran aquellas medidas entre las posibles que sean más apropiadas para perjudicar lo menos posible al individuo y al colectivo. 2.- Una medida de coacción directa no puede ser llevada a cabo cuando los daños previstos a través de su aplicación no estén en proporción con el hecho realizado. La medida solamente puede llevarse a cabo en tanto en cuanto sus fines lo requieren».

operaciones y en aguas de Estados neutrales, posibilidades de captura de naves mercantes de los países beligerantes y métodos o medios de guerra en el mar (mísiles, torpedos, minas, margen de bloqueo, etc.)⁵⁴. Pero la situación de conflagración típica entre Estados no agota el espectro de situaciones en las que un país puede verse empujado a hacer uso de la fuerza en el mar. El ejercicio del recurso de la fuerza, por ejemplo, cabe también con el propósito de salvar las vidas de las víctimas de un secuestro⁵⁵ realizado por terroristas o –y esto es lo que ahora nos interesa– por piratas (artículo 105 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

La problemática de la piratería en el Golfo de Adén y en el Índico sugiere, sin embargo, reglas de actuación específicas. Más aún ante la posibilidad de que los barcos integrantes de la Operación Atalanta puedan neutralizar –presumiblemente también hundir– «buques nodriza» desde los que operan los piratas en aguas del Índico⁵⁶. Empero, la misión de la UE en las costas de Somalia tiene más un carácter policial que netamente militar⁵⁷ y requiere, por tanto, unas líneas de acción, llámense éstas Reglas de Enfrentamiento (ROE) –es decir, determinación de las «circunstancias, condiciones, grado y manera» bajo las cuales el Comandante de un buque participante en el despliegue puede hacer uso de la fuerza⁵⁸–, que busquen también el mayor nivel de validez y garantía posible de los derechos fundamentales constitucionales en juego. En este sentido, creemos que ni la calificación de Somalia como «Estado fallido», ni, en su caso, el hecho de que el pirata pueda ser considerado sujeto al marco del Derecho de la Guerra⁵⁹, debe suponer una habilitación en exceso del recurso de la fuerza extraterritorial. Tampoco la autorización del Gobierno de transición de Somalia a la persecución del delito de piratería realizado por sus

⁵⁴ Sobre ello, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Medios y métodos de combate naval y Derecho de los conflictos armados en la mar», en *Revista de Derecho militar*, n.º 61, Ministerio de Defensa, Madrid, 1993.

⁵⁵ ABAD CASTELOS, M., *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, Ministerio del Interior, 1997, p. 212.

⁵⁶ La reunión de Ministros de Defensa de la UE, de 24 de febrero de 2010, amplía el margen de la misión, previendo, por parte de las fuerzas de la UE, el control de puertos y bases desde los que operan los piratas y la neutralización (abordaje y registro) de buques piratas. Sobre ello, EXPÓSITO, J. L., «Palma de Mallorca: La cita del consenso. Los Ministros de Defensa de la Unión Europea impulsan la Política Común de Seguridad y Defensa», en *Revista Española de Defensa*, febrero 2010, pp. 26-29.

⁵⁷ MIDDLETON, R., «Pirates and How to Deal With Them», en *Chatham House. Briefing Papers*, Londres, 2009. Este documento está disponible en red en <http://www.chatham-house.org.uk>.

⁵⁸ Así, el documento de la Armada española, D-CP-07, *Manual de Derecho Marítimo para Comandantes de Buques y Estados Mayores* (apartado 0541), de 2005.

⁵⁹ Así, MACKINLAY, A., «La lucha contra la piratería en aguas del Océano Índico: la necesidad de una aproximación integral», en *Real Instituto el Cano*, Documento de trabajo 19/2010. Este documento está disponible en red en <http://www.realinstitutoelcano.org>.

nacionales, de forma acorde al Derecho Internacional (Resolución 8016, de 2 de junio de 2008, del Consejo de Seguridad de la ONU) y al Derecho interno (artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), supone una habilitación en exceso o en sentido amplio del uso de la fuerza⁶⁰. Por lo tanto, y dado que en realidad la UE no está en guerra con Somalia⁶¹, pero la operación tiene un cariz militar-policial y es llevado a cabo por contingentes de las FF.AA⁶², es conveniente partir de una determinación de los límites de actuación en dos vertientes. Los diferentes artículos aplicables de Derecho Internacional deben, desde nuestra perspectiva, de ser completados con los preceptos relativos a derechos fundamentales de la Constitución. Hay que recordar aquí que los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico «cuando actúan en las relaciones internacionales» (STC 21/1997). Por tanto, el Derecho interno y la hermenéutica del Tribunal Constitucional y, en su caso, del Tribunal Supremo en materia de derechos constitucionales conforma también una fuente adicional para la determinación de las pautas de actuación en este tipo de situación híbrida militar-policial.

B) Límites genéricos: principio de necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza

Ha sido el Tribunal Supremo, en nuestro ordenamiento jurídico, quien ha perfilado los criterios que rigen la proporcionalidad en el uso de la fuerza. La famosa sentencia de 18 de enero de 1982 dio expresión de forma concisa de cuáles son los medios que pueden utilizar las fuerzas de seguridad y según qué casos. En el particular que nos ocupa, el Tribunal Supremo, entiende que en el caso de los miembros de los cuerpos de seguridad –extrapolable perfectamente a la actuación de los soldados de Infantería de Marina (en particular del

⁶⁰ Sobre los límites en orden a una hipotética captura extraterritorial, véase ABAD CAS-TELOS, M., *La toma de rehenes...*, cit., pp. 214-217 y 234 y 235.

⁶¹ Véase así, por ejemplo, FISCHER-LESCANO A. y KRECK, L., «Piraterie und Menschenrechte...», cit., p. 34, quienes dicen, de forma muy significativa, que «una “guerra contra los piratas” es –en tanto bajo la idea de guerra se comprende el empleo de la fuerza entre Estados, no una fórmula meramente política de decir ciertos asertos como “guerra a la droga”– una contradicción preformativa». La nota a pie nos remite también a OSHANA, M., «Krieg gegen Piraten», en *Blätter für deutsche und internationale Politik* 12/2008, pp. 20 y ss.

⁶² Véase, en este sentido, la STS de 7 de marzo de 2005 cuando dice que el «contexto bélico no puede reducirse al de la guerra como estado declarado formalmente en contra de un Estado, sino que ha de incluir, además, las formas en las que actualmente se manifiesta. De ahí que deba utilizarse un concepto amplio de la misma que abarque todas las formas de conflicto armado en las que intervengan tropas españolas, contando entre ellas las operaciones internacionales de mantenimiento de la paz o de apoyo a los procesos de paz, así como las que tienen un carácter humanitario y se desarrollan en escenarios en la que la situación existente pueda requerir el uso de la fuerza militar».

Oficial al mando), en su calidad de agentes de la autoridad—, «por su preparación específica y por estar dotados de armas de fuego capaces de producir graves e irreversibles daños en la vida humana, les es exigible que su actuación venga precedida de una apreciación serena de las circunstancias que concurren en las situaciones con que se enfrentan y empleen sólo sus armas de fuego en aquellos casos en que dichas circunstancias hagan racionalmente presumir una situación de peligro o riesgo real para ellos o terceras personas, únicamente superable mediante esa utilización, y lo hagan en forma adecuada para evitar consecuencias irreparables que no vengan justificadas por la gravedad del contexto de hecho, pues en otro caso su acción resultará desproporcionada»⁶³. Este deber de proporcionalidad se traduce así, sobre todo, en una obligación, por parte de la fuerza armada, con carácter previo, de avisar de su presencia y «no sobrepasar el límite de lo racionalmente preciso para neutralizar el comportamiento violento de los sujetos»⁶⁴. En este sentido, cabe recordar aquí el clásico grito ¡Alto a la Guardia Civil! con un énfasis intimidatorio para conminar al delincuente a entregarse⁶⁵, o cuando el centinela antes podía decir ¡Alto al centinela! o ¡Ah del bote! o incluso ¡Alto o disparo! (artículo 558 de las Reales Ordenanzas de la Armada). Y esta es la pauta que se sigue previamente al abordaje de un buque o al ataque a una embarcación, realizando advertencias previas a través de megáfono, disparos de foguero o al aire y cuando, caso de que estas medidas de aviso no surtan efecto y para evitar la fuga del sospechoso, se realizan también disparos a la proa del buque⁶⁶ o al motor fueraborda si se trata de una lancha motora. Por cierto, este es precisamente el *modus operandi* que se siguió tras la liberación del atunero Alakrana el 18 de noviembre de 2009⁶⁷. En este caso, el helicóptero Sikorsky SH-60 disparó unas ráfagas a la proa del bote y, en tanto los piratas no dete-

⁶³ Véase también, en similar sentido, por ejemplo, STARCK, C., «La dignidad del hombre como garantía constitucional», en FERNÁNDEZ SEGADO, F., (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 284, traducción del alemán de Alberto Oehling de los Reyes, para quien, «la utilización de armas de fuego solamente puede tener justificación cuando ante un ataque no hay posibilidad de escape. Algunas leyes policiales alemanas contienen la previsión de que sólo es admisible un disparo, que con toda probabilidad puede tener un resultado mortal (por ejemplo al haber apuntado al corazón o la frente), cuando éste es el único medio para defenderse ante un peligro de vida presente o un peligro presente que pueda provocar una lesión muy grave de la integridad corporal».

⁶⁴ STC 126/2007, de 21 de mayo, FJ.º 5.

⁶⁵ MANZANO SOUSA, M., «Estudio de un caso en el entorno penal: “Muerte en la gasolinera”, un error penal invencible », en *Revista Catalana de Seguridad Pública*, 2004, n.º 14, p. 95.

⁶⁶ FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J. L., *El Derecho de los Conflictos armados. De Iure Belli*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, pp. 548 y 549.

⁶⁷ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 126, de 25 de noviembre de 2009, p. 12.

nían la lancha, se trató de disparar al motor de la barca con intención de hacer parar la embarcación sin causar ninguna pérdida humana y evitar la recaptura del buque⁶⁸.

C) Legítima defensa y ataque

El Comandante al mando de un buque de la Armada puede, sin necesidad de autorización inmediata del juez, en cuanto «responsable de la misión y de la seguridad del buque y la dotación» (artículo 83 de las Reales Ordenanzas de la Armada), repeler por la fuerza cualquier ataque dirigido por sorpresa contra el buque o personal de a bordo. Hay que recordar que se han dado casos de ataques a buques de guerra por parte de embarcaciones piratas, presumiblemente por error (caso del buque de aprovisionamiento francés La Somme, del USS Nicholas, del USS Ashland⁶⁹ y el Spessart de la Marina alemana⁷⁰). En el caso hipotético de que un barco de guerra español se vea en esta tesitura, podemos encontrar una justificación legal del uso de la fuerza en el Código Penal. El artículo 20.4 de este texto establece la posibilidad de defensa propia en caso de agresión ilegítima, falta de provocación suficiente del defensor, bajo proporcionalidad de los medios para repeler el ataque. Igualmente el artículo 20.7 de ese texto reconoce la eximente de legítima defensa a aquél que obre en cumplimiento del deber, oficio o cargo. En este sentido, el Tribunal Supremo, ha precisado cuales son los parámetros que en estos casos pueden justificar el uso de la fuerza: a) que los agentes actúen en el desempeño de sus funciones propias del cargo; b) que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos o privados cuya protección les viene legalmente encomendada; c) que la fuerza utilizada sea proporcionada, actuando sin extralimitación; d) que concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique que recaiga sobre él el acto de fuerza⁷¹. En esta misma línea, también

⁶⁸ La misma línea de actuación se siguió con motivo de la operación de detención de los dos piratas que, en los inicios del secuestro del Alakrana, abandonaron el barco en un esquiife, el 3 de octubre de 2009. En este caso, no obstante, alguno de los disparos de intimidación desde el helicóptero se desvió e hirió levemente a uno de los presuntos delincuentes. En tanto el tirador de elite disparó bajo orden de un superior (el centro de mando operativo había ordenado la detención de la embarcación [véase el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 126, de 25 de noviembre de 2009, p. 33]) y teniendo en cuenta la dificultad de disparar desde un helicóptero en movimiento contra un blanco a gran velocidad, no parece haber en este caso, por parte del infante de marina que realizó los disparos, infracción alguna.

⁶⁹ Los días 7 de octubre de 2009, 1 y 10 de abril de 2010, respectivamente.

⁷⁰ Sobre ello, POOLE QUINTANA, F., «Contra los piratas en el Golfo de Adén», en *Revista General de Marina*, Ministerio de Defensa, Madrid, Vol. 256, Junio, 2009, pp. 829-830.

⁷¹ Entre otras, SSTS de 30 de septiembre de 2009, de 20 de mayo de 2008, de 9 de octubre de 2007, de 30 de septiembre de 2002, de 31 de octubre de 2000, de 24 de enero de 1994, de 25 de marzo de 1992.

el artículo 2.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la posibilidad de uso de la fuerza cuando su utilización sea absolutamente necesaria, en caso de agresión ilegítima, riesgo de fuga de un preso o detenido legalmente y represión, de acuerdo con la ley, de una revuelta o insurrección. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de hecho, ha reconocido, incluso, aunque de forma cauta, la posibilidad de defensa de miembros de agentes de seguridad con resultado de muerte siempre que la agresión se haya percibido como «un riesgo real e inminente para la vida del defensor o la de sus compañeros»⁷². No obstante, en este caso, la acción debe de estar además precedida, a efectos de su admisibilidad, de una atención reforzada de los sistemas de prevención de riesgos o ataques fortuitos⁷³. Lo que significa que para el reconocimiento de la eximente de legítima defensa, adicionalmente, se requiere de un seguimiento previo y escrupuloso de un «protocolo de análisis de riesgos de la operación de las fuerzas de seguridad»⁷⁴. Bajo estas condiciones, la decisión del Comandante de la Nave de uso de la fuerza y la defensa de los miembros de la dotación, para evitar daños personales y en el buque, resulta, por tanto, en principio, inane⁷⁵.

El Comandante al mando del buque de guerra puede también, por otra parte, hacer uso, de forma premeditada y ordenada, de la fuerza para evitar cualquier tipo de ataque dirigido contra los barcos mercantes que naveguen por la zona objeto de la misión y para evitar la fuga de toda embarcación que presuntamente haya cometido un acto de piratería. La legitimación del uso de la fuerza en este caso se concreta, por un lado, en los artículos 105 y 107 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que habilitan *sine die* a cualquier buque de guerra de un Estado a apresarse un barco pirata; por otro, en la propia Acción Común 2008/851/PESC, que especifica que las fuerzas desplegadas en la Operación Atalanta «tomarán las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza para poner fin a los actos de piratería»

⁷² STEDH, de 25 de agosto de 2009, Caso Giulliani y Gaggio v. Italia.

⁷³ STEDH, de 13 de marzo de 2007, Caso Huohvanainen v. Finlandia.

⁷⁴ REY MARTÍNEZ, F., «La protección jurídica de la vida: Un derecho en transformación y expansión», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 76.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2010, por la que el Juez Santiago Pedraz archivó la denuncia que había interpuesto uno de los secuestradores del Alakrana contra la Armada, por haber sido herido de bala durante su detención el día 3 de octubre de 2009. Para el Juez queda acreditado que los miembros del operativo de asalto de la fragata Canarias habían actuado «en legítima defensa», ya que solamente procedieron a realizar disparos de intimidación tras la renuencia de los somalíes a obedecer la petición del jefe del equipo de asalto que detuvieran el esquife, y después de creer, toda vez que «una de las personas se levantó brusca y repentinamente iniciando un movimiento sospechoso con la mano», que éste «iba a sacar un arma».

(artículo 2.d). No obstante lo anterior, se entiende que, en este caso, el Comandante al mando, en cuanto tenga conocimiento de un ataque pirata contra un buque civil, debe comunicarlo al Comandante del Mando de Operaciones del EMAD y al Comandante de la Fuerza Naval de Atalanta⁷⁶.

D) Abordaje y registro de la nave

En principio el abordaje y registro de un buque requiere de la previa autorización del capitán de la nave o del Estado cuyo pabellón enarbola el buque (artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Como ya hemos dicho, la autorización por parte del Gobierno de transición de Somalia por vía de la Resolución 1816, de 2 de junio de 2008, del Consejo de Seguridad de la ONU supone una dispensa de la necesidad de solicitar permiso en el caso de abordaje y registro de un buque de este país. Esta habilitación faculta el abordaje de los denominados «bucques nodriza» (barcos de transporte de mercancías de autonomía importante capaces de distanciarse hasta 900 y 1000 millas de la costa⁷⁷, de una tripulación de entre 30 y 60 hombres y que disponen de lanchas que se arrían al agua para acercarse a otros objetivos y atacarlos por sorpresa⁷⁸), como también de lanchas motoras, esquifes u otro tipo de embarcaciones de pequeña eslora. De otra parte, caso de que el abordaje se produzca sobre una nave de otro país, la necesidad de impetrar autorización difiere de la categoría de la embarcación. Hemos de tener en cuenta que nuestra normativa se refiere expresamente a casos de abordaje y registro de «bucques mercantes», por lo que en el supuesto de otro tipo de barcos como, por ejemplo, un barco velero de recreo o un yate no parece estrictamente necesario recabar autorización previa⁷⁹. Por otro lado, hay que tener también en cuenta que la imperatividad de solicitud de autorización ante el mero abordaje y registro es una obligación relativa en el caso de naves sospechosas de cometer el delito de piratería⁸⁰, ya que —a pesar de lo que establece el Derecho interno— el artículo 22 del Convenio de Ginebra sobre Alta Mar de 1958 ha-

⁷⁶ «Contestación del Gobierno en el Congreso a la Diputada Beatriz Rodríguez-Salmones Cabeza». Véase en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, n.º 288, 11 de noviembre de 2009, pp. 228-229.

⁷⁷ DE ANDRÉS, J. C., «Terrorismo y piratería marítima. Operación Atalanta», Conferencia pronunciada con motivo del *Curso de experto en Seguridad y Defensa: Gestión de crisis y comunicación*, en la Universidad Alfonso X el Sabio, el día 12 de febrero de 2010.

⁷⁸ SALVATIERRA, M., «Piratas globalizados: viejas prácticas, nuevos desafíos», en *Política Exterior*, n.º 128, Marzo-Abril, Centro de Estudios de Política Exterior, Madrid, 2009, p. 159.

⁷⁹ STS de 29 de mayo de 2001.

⁸⁰ También, por otro lado, este requisito de solicitud al Estado cuyo pabellón enarbola el buque, ha sido relativizado igualmente para otro tipo de delitos como, por ejemplo, en caso de tráfico de estupefacientes. Véase, por ejemplo, STS de 25 de noviembre de 2003.

bilita directamente a cualquier buque de guerra cuando tenga fundadas sospechas de que un barco es pirata a proceder a su visita, realizar la pertinente investigación y en el caso de que se compruebe este extremo realizar la detención de su tripulación y el apresamiento del buque⁸¹.

La garantía de «interdicción de la actividad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución), presupone el control e intervención del juez de la actuación de abordaje y registro del buque. Toda vez que es difícil, aunque sería la solución ideal, embarcar un juez –«juez de a bordo» que dijera Lanza⁸²– para la práctica de este tipo de diligencias, debe haber al menos una comunicación, más o menos fluida, con el órgano judicial para que este se encuentre informado en todo momento de la situación⁸³. El presupuesto habilitante para el abordaje y detención de la tripulación tiene lugar por medio de un acto individual en forma de Auto motivado por el juez⁸⁴, que, en principio, prevé además la inspección y registro de la nave. La Sentencia del Tribunal Supremo 55/2007, de 23 de enero, permite, no obstante, cierta inconcreción respecto al día y la hora en que el Instructor autoriza el abordaje del buque. Con ello se prevén posibles incidencias o retrasos en su práctica debido a las «vicisitudes» propias de la navegación del barco⁸⁵. Ahora bien, tampoco la ausencia de autorización judicial inmediata o nulidad del mandamiento judicial que acuerda al abordaje o las actuaciones de los infantes de marina realizadas para abordar el barco y comprobar si éste se dedica a la piratería supone una invalidez *per se* de la práctica de la interceptación y

⁸¹ CERVERA PERY, J., *El Derecho del mar. Evolución, contenido, perspectivas (De las Bulas Papales al Convenio de Jamaica)*, Editorial Naval, Madrid, 1992, p. 121.

⁸² LANZA, S., (pseudónimo de Juan Bautista AMOROS Y VÁZQUEZ DE FIGUEROA), *Desde la quilla hasta el tope*, Imprenta de Fernando Cao, Madrid, 1891, p. 94.

⁸³ «En caso de que se produzca un ataque pirata contra buque de pabellón no español, en el que participan fuerzas españolas, el Comandante del buque comunicará los hechos al Comandante del Mando del Estado Mayor de la Defensa y al Comandante de la Fuerza Naval de Atalanta (...). El Comandante del Mando del Estado Mayor de la Defensa lo notificará al Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional que decidirá sobre su competencia». Por otro lado, en el caso de que el ataque se produzca sobre un buque de pabellón español el Comandante del buque de guerra español «deberá comunicarlo de forma inmediata al Comandante del Mando del Estado Mayor de la Defensa; que en cumplimiento de la legislación nacional lo pondrá en conocimiento del Juzgado Central de Instrucción de guardia la Audiencia Nacional, cumplimentando las órdenes que emanen de su auto y comunicando las decisiones que toma al Cuartel General de la Operación Atalanta en Northwood». Véase en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, n.º 288, 11 de noviembre de 2009, p. 228.

⁸⁴ También, en algún caso, se ha aceptado la autorización concedida por el juez de guardia y solicitada telefónicamente por el fiscal, validada después por escrito en puerto (STS de 27 de octubre de 2005).

⁸⁵ OEHLING DE LOS REYES, A., «Los derechos del detenido en caso de apresamiento de buque en alta mar», *Revista General de Marina*, Ministerio de Defensa, Madrid, Vol. 256, Marzo, 2009, p. 254.

registro. En primer lugar, porque, como hemos dicho, la interceptación del buque sospechoso encuentra su apoyo en las disposiciones de Derecho Internacional citadas, incorporadas al ordenamiento jurídico español por su ratificación. Y en segundo término hay que advertir que la situación de flagrancia exime también de la observancia inmediata de impetrar auxilio judicial previo al abordaje e inspección de la nave⁸⁶. En definitiva, la garantía de intervención judicial inmediata de la interceptación y registro del buque en alta mar, es relativa, por cuanto, además, que duda cabe que si la actuación de los efectivos de la Armada tiene que ser pospuesta en casos de urgencia hasta la recepción del mandamiento judicial y aguardar la autorización de entrada y registro, es muy posible que la espera durante un lapso de tiempo desmesurado podría llevar en muchos casos a la más absoluta esterilidad de la operatividad de la contribución española a la seguridad en la zona⁸⁷.

a) *Procedimiento de ejercicio*

La inspección del barco requiere de su previa interceptación. El Convenio de Ginebra sobre Alta Mar de 1958 y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 atribuyen competencia para proceder a la retención de un buque pirata sólo a buques de guerra o de seguridad del Estado (artículos 21 y 107, respectivamente). Esto no significa que un buque comercial no pueda defenderse⁸⁸ –como reconoce el Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de Seguridad Privada y el Reglamento de Armas⁸⁹–, pero sí excluye a éstos la posibilidad de persecución, detención y captura de barcos sospechosos de haber realizado el delito de piratería. En este contexto, el Convenio de Ginebra y el Convenio de las Naciones Unidas, en sus artículos 22.2 y 110.2, prevén que la nave de guerra podrá enviar al buque objeto de investigación un bote, al mando de un Oficial, para proceder a la visita e inspección de la embarcación. Importa además dejar constancia que previo al envío de la lancha con miembros de la tripulación es necesario, tras requerir al mando del buque contrario que proceda a detener la nave, asegurar el objetivo –incluso a través de la utilización de la fuerza– para evitar todo tipo de resistencia armada. Por razones de lógica y seguridad hay que entender que, en caso de que fuera necesario, cabe desviar a la nave pirata a una zona o puerto seguro para ejercer el derecho de visita y registro. En este sentido, hay que decir también que, en el supuesto de resis-

⁸⁶ Véase la STS de 1 de marzo de 1996.

⁸⁷ Compárese, STS de 9 de octubre de 1998.

⁸⁸ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «El delito de piratería», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. 50, Ministerio de Justicia-BOE, Madrid, 1997, p. 224.

⁸⁹ Véase también la Recomendación de la Comisión, de 11 de marzo de 2010, relativa a las medidas de autoprotección y de prevención de los actos de piratería marítima y los ataques a mano armada perpetrados contra buques. DO n.º L 67, de 17 de marzo de 2010.

tencia o huida, existen razones suficientes para su abordaje, captura⁹⁰ y, en su caso, su hundimiento o embargo⁹¹.

b) *Neutralización de la tripulación contraria*

El abordaje implica reducir y controlar la tripulación de la nave pirata. Poco dice el Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, sobre cómo o qué medios pueden utilizarse para neutralizar a las personas que ofrezcan resistencia a la retención. Realizando una interpretación extensiva de la Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto al carácter de agente de la autoridad de la Policía Naval en ejercicio de sus funciones, cabe también en este caso empleo de «coacción directa», si bien buscando siempre la menor lesividad del detenido (Instrucción 1^a.4). En este sentido, el agente deberá seleccionar para el ataque partes no vitales y graduar la contundencia y el modo de ejecución de los actos violentos, dependiendo de la agresividad del sujeto; una vez ésta cesa debe cesar la coacción. El agente, además, podrá hacer uso de armas de fuego, pero solamente con efectos disuasorios o cuando exista riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas. En todo caso, tanto el arma de fuego reglamentaria como el uso de otro tipo de defensas (porra de goma o esposas), deben ser proporcional a la resistencia ofrecida por el sujeto (Instrucción 7^a).

c) *Inspección de cámaras «aptas para la vida íntima» del buque*

Desde el momento en que, por un lado, se reconoce por la Constitución la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental (artículo 18.2), y, por otro lado, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido también un camarote de un barco –en cuanto «lugar separado donde uno de los tripulantes o viajeros se independiza de los demás (...), para desarrollar su privacidad»– como domicilio⁹², se puede considerar que la única forma de proceder a su registro es mediando consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de delito *in fraganti* o caso de fuerza mayor⁹³. La razón es muy sencilla. Como se sabe, el Tribunal Constitucional concibe el domicilio como medio para la protección de la intimidad personal, definiendo éste más

⁹⁰ FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J. L., *El Derecho de los Conflictos...*, cit., p. 549.

⁹¹ Artículo 2.e de la Acción común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre del 2008.

⁹² Entre otras, SSTS de 10 de abril de 2002, de 12 de julio de 2004 y de 17 de septiembre de 2009.

⁹³ Véase, por ejemplo, la STS de 3 de marzo de 2010.

en términos de espacio donde el individuo «ejerce su libertad más íntima» (STC 22/1984), «ámbito propio y reservado frente al conocimiento de los demás» (STC 231/1988) o «espacio apto para la vida privada» (STC 10/2002). En estas circunstancias, la necesidad de impetrar auxilio judicial para la práctica de esta diligencia depende también de la categoría y función de la embarcación⁹⁴. De esta forma, en embarcaciones de pequeña eslora, que carecen de zonas interiores para evitar la intromisión ajena, se entiende que no se precisa cobertura judicial en orden a su registro⁹⁵. La misma regla parece aplicable en orden a aquellas otras dependencias de un barco que no sean camarotes –por ejemplo, la bodega o la zona de máquinas– o no sirvan para la realización de la vida privada⁹⁶. Es, por tanto, en barcos de cierto empaque, con dependencias destinadas al ejercicio de la vida íntima, donde sería necesaria en principio, la autorización del órgano judicial⁹⁷.

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución, no obstante, no es un derecho absoluto y, de la misma manera que en el caso de abordaje, caben ciertas excepciones a la regla general. En este sentido, al margen de los límites establecidos por la propia Constitución (consentimiento del titular, resolución judicial y caso de delito flagrante) y la previsión del artículo 21.3 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de Seguridad Ciudadana (caso de fuerza mayor, para evitar daños inminentes y graves en personas o cosas), encontramos la habilitación genérica del artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por un lado, este artículo prevé la posibilidad de que los miembros de los institu-

⁹⁴ En este sentido, véase, por ejemplo, ALONSO DE ANTONIO, Á. L., *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Colex, Madrid, 1993, pp. 93 y 94, quien distingue también el caso de barcos de pasajeros –pensemos en un ferry sin camarotes para unir distancias cortas– que, como un autobús urbano o como un avión sería un mero medio de transporte, en cuyo caso, su registro e inspección, no gozaría del mismo nivel de protección.

⁹⁵ Esta previsión puede extenderse a los barcos pesqueros, en tanto «dadas las características del barco y su uso exclusivo para la pesca, no podrá tratarse en forma alguna de lo que el precepto constitucional considera como domicilio, siendo equiparable su naturaleza a la de un automóvil que, según reiterada jurisprudencia, no requiere mandamiento judicial para su registro, por no suponer un reducho de la intimidad personal o familiar» (SSTS de 16 de diciembre de 1999 y de 24 de febrero de 2010).

⁹⁶ «Es dificultoso extender el concepto de domicilio en todo caso a otras zonas del buque, como puede ocurrir con la cubierta, utilizada en las maniobras náuticas o como lugar de esparcimiento, que no pueden entenderse aptas, con carácter general, para la vida privada». SSTS de 10 de abril de 2002, de 12 de julio de 2004, de 17 de septiembre de 2009 y de 24 de febrero de 2010.

⁹⁷ Además, los camarotes o espacios destinados a habitación de la tripulación tienen que ser utilizados efectivamente para ese fin, dado que en caso de utilización de tales dependencias para otros usos, por ejemplo, para depósito de mercancías, decae igualmente la protección del artículo 18.2 de la Constitución. Véanse así, por ejemplo, SSTS de 9 de octubre de 1998, de 16 de diciembre de 1999, de 20 de febrero de 2006 y de 17 de septiembre de 2009.

tos armados, por propia iniciativa, puedan proceder a la detención de personas cuando sean sorprendidas en flagrante delito o cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa. Y, por otro lado, permite incluso que puedan proceder al registro de aquel lugar que, con ocasión de dicha detención, consideren conveniente a efectos de aprehender todo tipo de pruebas o efectos que pudieran guardar relación con el delito perseguido⁹⁸. Asimismo, como ya se ha dicho, las previsiones del artículo 22 del Convenio de Ginebra sobre Alta Mar y del artículo 110.2 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, también habilitan al barco de guerra en caso de que haya motivo razonable para sospechar que un buque se dedica a la piratería, a requerir la detención del barco y proceder a su inspección. En cualquier caso, no obstante, interesa apuntar que esta facultad genérica requiere que el Comandante al mando de la maniobra, tras la realización de la diligencia, dé parte al Juez competente, con expresa mención de las causas que motivaron el registro, resultados obtenidos, detenciones realizadas, intervinientes y, en su caso incidentes ocurridos (artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)⁹⁹.

d) *Competencia de los miembros de la Policía Naval para la práctica de la diligencia*

Respecto a la posible competencia de la Policía Naval para la realización del registro, cabe decir que el artículo 29.2 del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las FF.AA, atribuye a sus miembros, como hemos mencionado anteriormente, el carácter de «agentes de la autoridad» en ejercicio de sus funciones. El carácter de Policía Judicial de la Policía Naval –al menos como instituto colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por ejemplo, en el sentido de los Servicios de Vigilancia Aduanera¹⁰⁰– podría ser deducido, por otra parte, del sen-

⁹⁸ En cuanto a su aplicación en caso de registro de camarote en alta mar, mediando flagrancia delictiva pero sin resolución judicial, véanse SSTS de 7 de marzo de 2007 y de 24 de febrero de 2010.

⁹⁹ La flagrancia se define como «aquella situación fáctica en la que el delito se percibe como evidente» (STC 341/1993). Por otra parte, los requisitos de este límite a la inviolabilidad son: la inmediatez temporal, la inmediatez personal y la necesidad urgente. Es decir, «es pues preciso que el delito se esté cometiendo en ese momento, y que, por ello, el delincuente se encuentre allí con inmediatez respecto al objeto e instrumentos del delito y que mediante la entrada la policía pueda poner término a la situación, impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción acarrea (SSTS de 22 de febrero de 1990 y de 29 de marzo de 1990)». Cit. en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho procesal penal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 1108.

¹⁰⁰ Sobre la calificación de los agentes de este servicio como Policía Judicial, véase el artículo 1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando y ATS de 31 de julio de 1998.

tido amplio del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deja entender que los Jefes y Oficiales «de cualquier fuerza destinada a la persecución de malhechores» pueden actuar como Policía Judicial o como colaboradores de Jueces y Tribunales en orden a la averiguación de delitos y persecución de delincuentes. Desde esta perspectiva, en tanto el artículo 85 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, determina a la Policía Naval como un instituto dependiente de la Jurisdicción Militar parece complejo su encaje como Policía Judicial. Empero, en casos especiales, como es el caso de la Operación Atalanta, de tipo más policial que militar y bajo dependencia y supervisión de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal, no hay óbice, desde nuestro punto de vista, de que los miembros de la Policía Naval –al menos los oficiales¹⁰¹– puedan ostentar este carácter¹⁰². Esta condición de Policía Judicial a los oficiales de Infantería de Marina integrantes de la Policía Naval debería ser, no obstante, perfilada a través de una modificación de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en realidad, exige que el registro se realice «siempre en presencia del Secretario Judicial». Este es, por tanto, el único funcionario que tiene verdaderamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico competencia de fedatario público judicial y capaz de dejar verdadera constancia de la legalidad de las actuaciones. Excepcionalmente, el artículo 451.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial permite también su sustitución, para casos de entrada y registro acordados por la Audiencia Nacional a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal-Administrativa¹⁰³. En la medida, por tanto, en que se pueda proceder al embarque de un Secretario Judicial o un miembro del Cuerpo de Gestión Procesal para una operación en alta mar, podrán implementarse estos preceptos en sus estrictos términos¹⁰⁴. Empero, desde el momento en que, en

¹⁰¹ En este sentido, los mandos de la Policía Naval seleccionados para tales cometidos podrían también realizar el curso correspondiente al que hace referencia el artículo 32 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

¹⁰² En contrario, véase, ROVIRA DEL CANTO, E., «El artículo 126 de la Constitución española y su desarrollo en el ámbito castrense», en *Cuadernos de la Guardia Civil*, n.º 11, 1990, p. 22, para quien no hay lugar a considerar a la Policía Militar como Policía Judicial en tanto sus miembros pueden seguir las directrices y ordenes dadas por sus superiores «con preferencia a las de los órganos judiciales».

¹⁰³ En este sentido, MORALES MUÑOZ, E., «Diligencias de investigación en el proceso penal. La diligencia de entrada y registro. Tercer presupuesto: autorización judicial. Procedimiento para su práctica. Efectos de las entradas y registros domiciliarios inconstitucionales (II)», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 2037, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 16

¹⁰⁴ Una solución se ofrece: la activación y embarque de un Oficial o Suboficial (RV) que desempeñe estos cometidos en la vida civil.

casos tasados, por un lado, se admite por el Derecho Internacional la obligación de los buques civiles de ceder ante la petición del mando de un barco de guerra y permitir la inspección, y, por otro lado, la mayoría de las veces en este tipo de operaciones la Armada actúa bajo el presupuesto de flagrancia, se puede entender –y esto es lo que nos interesa ahora–, a falta de mandato judicial inmediato, que la presencia del Secretario Judicial podría ser sustituida por la declaración de los intervinientes en el registro, por ejemplo, de los agentes de la autoridad¹⁰⁵.

e) *Practica de la diligencia*

Las posibilidades de abordaje, inspección y registro son, por tanto, amplias. Empero, los artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan un procedimiento formal para los supuestos de registro domiciliario. Realizando una interpretación comparativa de algunos de estos preceptos cabe identificar unas pautas generales válidas para el caso de inspección de buque en alta mar. En el caso hipotético de que los servicios de la Policía Naval se vean en la vicisitud de realizar un registro, de conformidad con estos artículos, requiere de los siguientes trámites:

1º) En el caso de disponer de mandato judicial para la realización de la diligencia, éste se debe notificar al titular –Capitán– del buque (artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En este sentido, dadas las circunstancias, la especialidad del ilícito que se investiga y el lugar en que se realiza, la situación de abordaje de una nave pirata en alta mar se diferencia en gran manera de aquel que se realiza con proximidad del barco a puerto nacional o que ha dispuesto de una investigación iniciada con tiempo de antelación. En tales supuestos quizás pueda darse la posibilidad de notificar inmediatamente al interesado el Auto que habilita la inspección y registro. Pero en el caso de alta mar y en el caso de una operación contra una embarcación pirata, la finalidad del buque de guerra es proceder lo más rápido posible y con la máxima seguridad de los miembros del operativo al abordaje de la nave. Como antes apunté, una respuesta eficaz y precisa para el cumplimiento de la misión encomendada por la Acción Común 2008/851/PESC exige cierta flexibilidad –haciendo prevalecer las previsiones más amplias del Convenio de Ginebra sobre Alta Mar y del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar– en lo que al mandato judicial se refiere. Más precisamente: exigir poner en conocimiento del Juez, desde alta mar, con carácter previo a la maniobra, los indicios que prueban la conducta ilícita, y aguardar la autorización de entrada y registro, que, como es sabido, ha de ser mediante documento escrito, requeriría un lapso de tiempo desmesurado y conduciría al fracaso de la ac-

¹⁰⁵ SSTS de 23 de mayo de 1994, de 21 de noviembre de 1994 y de 14 de noviembre de 1997.

tuación¹⁰⁶. Lo fundamental en este tipo de operaciones es que el Juez, en cuanto sea posible, «controle y esté informado de las circunstancias e incidencias de la actuación». Los demás requisitos de forma, deben depender de las vicisitudes de la navegación en alta mar¹⁰⁷ y de la seguridad de la operación.

2º) No hace al caso profundizar excesivamente en el hecho de que es conveniente proceder al registro de las cámaras y dependencias del buque, si fuese posible, cosa que en alta mar es bastante improbable, con la asistencia de testigos, de un Secretario Judicial o de un miembro del Cuerpo de Gestión Procesal –su presencia, hemos dicho, podría ser sustituible por la declaración de los intervinientes en el registro, por ejemplo, de los agentes de la autoridad–, y, en su caso, de un letrado (artículo 569 de la Ley Rituaria Criminal). Lo que si importa reseñar son dos cuestiones fundamentales en orden a la interpretación de este precepto. Por un lado, que la doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido que la omisión de este tipo de requisitos o las incidencias que en su práctica se puedan suceder no se pueden considerar violación del derecho fundamental del artículo 18.2 de la Constitución, sino solamente lesión de obligaciones de tipo procesal y de mera legalidad ordinaria¹⁰⁸. Y, por otro lado, que en caso de que ya se haya procedido a la detención de los sospechosos, quedando estos a disposición judicial, el registro no puede realizarse sin ofrecer al detenido la oportunidad de estar presente durante la inspección¹⁰⁹. La ausencia del interesado que se encuentre detenido, en el momento de realizar el registro, supone la nulidad «radical e insubsanable de la prueba practicada»¹¹⁰. De esta suerte, la falta de presencia del interesado durante la realización de la diligencia solamente se puede obviar en casos de fuerza mayor que dificulten en extremo la presencia de éste¹¹¹ o cuando los camarotes o habitáculos de la embarcación sean tan reducidos que físicamente no haya lugar para varias personas. En este último caso, es suficiente para la validez de la diligencia «que los interesados puedan visionar la labor general de los agentes y comprobar dónde y cómo se van hallando cualesquiera objetos vinculados con la presunta actividad delictiva, sin tener que estar presentes en cada uno de los recovecos del barco que son objeto de registro»¹¹².

¹⁰⁶ Casi literalmente, STS de 9 de octubre de 1998.

¹⁰⁷ STS de 23 de enero de 2007.

¹⁰⁸ SSTC 133/1995, 228/1997, 239/1999 y 82/2002.

¹⁰⁹ Véase así SANZ MARQUÉS, L., «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronterizas», p. 1424. Trabajo disponible en Internet en la página del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, http://www.cej.justicia.es/cej/html/publicaciones_01.htm

¹¹⁰ Véanse, entre otras, SSTS de 15 de febrero de 1995, de 24 de marzo de 1995, de 8 de octubre de 1998 y 29 de diciembre de 2000. Sobre ello, citando jurisprudencia, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., p. 1089.

¹¹¹ SSTS de 21 de mayo de 1993 y de 15 de febrero de 1997.

¹¹² STS de 23 de febrero de 2010.

3º) La resistencia del Capitán del barco, la tripulación o los pasajeros no impedirá la práctica de la diligencia (artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin perjuicio de que esta actitud pueda ser considerada constitutiva del delito de «desobediencia grave a la autoridad» (artículos 550 y 551 del Código Penal). En el caso de que se llegue a producir resistencia por parte de algún sujeto a la inspección –al margen de que pueda ser reducido¹¹³–, el Oficial al mando de la operación de registro podrá apereibir al interesado del delito en que su comportamiento pueda incurrir haciéndolo constar en el parte o acta que levante con posterioridad¹¹⁴.

4º) En el registro de dependencias privadas y camarotes de un buque «deben evitarse inspecciones inútiles» (artículo 552 de la Ley Rituarial). Este principio tiene particular validez en caso de ejercicio del derecho de visita e inspección rutinaria para la realización –en caso de sospecha– de las comprobaciones necesarias a las que se refiere el artículo 110.2 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En estos casos, dado que cabe la posibilidad de que el registro tenga un resultado nulo y no se encuentre a bordo ninguna prueba incriminatoria, se tienen que extremar las precauciones para no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario durante la retención. Esta regla es válida también para el registro de un buque tras su liberación. En este sentido, la revisión de camarotes e instancias de la tripulación y pasajeros liberados debe de realizarse respetando sus pertenencias, secretos u objetos personales que no interesen a la práctica de la diligencia. Por otro lado, obligado es recordar en relación a esta previsión, que el artículo 534.2 del Código Penal sanciona a «la autoridad o funcionario público que, con ocasión de registro de papeles, documentos o efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario en sus bienes». Esta figura es aplicable, cuando, por ejemplo, tratándose de un registro bajo cobertura constitucional, legal o judicial, en el desarrollo de la diligencia se producen extralimitaciones o apropiaciones indebidas¹¹⁵.

6º) Los miembros del comando de abordaje pueden hacer uso de cámaras de video, salvo que se viole el domicilio, la intimidad y la dignidad de la persona¹¹⁶. «La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del espacio inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad»¹¹⁷. Por tanto, la filmación

¹¹³ Cfr. supra Apartado 4.D.b.

¹¹⁴ Compárese, MORALES MUÑOZ, E., «Diligencias de investigación en el proceso...», cit. p. 22.

¹¹⁵ Sobre ello, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Delitos contra la Constitución: Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 14, San Sebastián, 2000, pp. 130 y 131.

¹¹⁶ SSTS de 25 de noviembre de 2006 y 26 de octubre de 2000.

¹¹⁷ STS de 13 de marzo de 2003.

del «espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial»¹¹⁸. Y de conformidad con ello, la utilización por los participantes de la operación –sin el oportuno *placet* judicial– de este tipo de medios técnicos queda limitado a la grabación de dependencias no privadas del buque (cubiertas, sala de máquinas, bodega, pañol, cocina, lavandería, etc.).

7º) En términos del artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, realizada la inspección, el Oficial encargado del operativo debe formalizar informe o acta del registro, expresando, el nombre –caso de disponer de mandamiento judicial al efecto– del Juez responsable de la intervención, del Oficial y Suboficial que hayan dirigido la inspección, nombre de los infantes de marina participantes en la operación, hora de inicio y finalización de la diligencia, incidencias o quejas, así como los resultados obtenidos. El procedimiento termina con el decomiso o incautación del material probatorio hallado, que será guardado en cajas, bolsas o sobres, sellado y firmado por el mando y el Suboficial encargado¹¹⁹.

E) Incautación y hundimiento

La incautación, embargo e incluso hundimiento de una embarcación o buque tiene su justificación cuando se tiene certeza de que se trata de una nave pirata¹²⁰, por razones de prevención del ilícito, y para evitar la realización de ulteriores actos de piratería¹²¹. Así, por ejemplo, la fragata Victoria ha procedido a hundir un «buque nodriza» y una ballenera pirata en el Índico (días 15 y 25 de abril de 2010, respectivamente). Igualmente, es costumbre hundir los esquifes y lanchas piratas tras la detención de sus ocupantes. Podemos encontrar una base legal de esta medida en el Convenio de Ginebra sobre Alta Mar y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ En realidad, la calidad de depositarios de la fe pública judicial y de dejar constancia de la legalidad de las actuaciones queda reservada a los Secretarios Judiciales en virtud del artículo 453 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En este sentido, dada la dificultad de implementar este precepto en sus estrictos términos con ocasión de una operación en alta mar (Cfr. *supra* nota n.º 109), esta función puede ser asumida, excepcionalmente, por el Oficial del equipo de abordaje e inspección.

¹²⁰ Véase así, por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2007, cuando afirma que el comiso de la embarcación sólo procede cuando ésta haya sido utilizada para la comisión de un delito.

¹²¹ Compárese, por ejemplo, GRACIA MARTÍN, L. / ALASTUEY DOBÓN C. / BOLDOBA PASAMAR, M., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 447 y 448, para quien el fundamento del comiso está en la peligrosidad del uso peligroso que un sujeto puede hacer de ciertos bienes.

Mar de 1982. En efecto, los artículos 19 y 105 de estos documentos prevén la posibilidad de apresar un buque pirata e incautar los bienes que se encuentren a bordo. También el artículo 2.e de la Acción Común 2008/251 PESC reconoce la facultad de los buques que forman parte de la misión Atalanta de capturar o proceder al embargo de una nave pirata. En el plano del Derecho interno hay que citar el artículo 374 del Código Penal que también permite el comiso o confiscación de una embarcación cuando haya sido empleada para cometer infracción penal o administrativa¹²².

No contienen, sin embargo, estos textos una normativa o unos parámetros de cómo se debe proceder al hundimiento de una nave. En este contexto, un modelo que quizás se podría seguir podría ser el Manual de San Remo de 1994. El artículo 139 de dicho documento precisa, después de reconocer que un barco mercante capturado puede –de forma excepcional– ser destruido, que tal medida sólo se puede efectuar si se cumplen las siguientes reglas: 1º) Se debe garantizar la seguridad de los pasajeros y la tripulación. Eventualmente, cuando resulte notorio el buen estado de la mar, las condiciones meteorológicas, la proximidad a tierra o se haga patente la presencia de otra nave que esté en situación de tomarlos a bordo, bastará proveerles con los botes de la nave, pero –en todo caso– debe quedar asegurada la integridad y la vida de la dotación y los pasajeros. 2º) Se debe poner a resguardo la documentación y los demás papeles concernientes a la presa. 3º) En caso de que sea factible, se deben de tratar salvaguardar los efectos personales de los pasajeros y la tripulación¹²³.

¹²² Asimismo, el Punto 6.b del Canje de Notas entre la Unión Europea y el Gobierno de Kenia (Cfr. supra nota n.º 5), prevé, para caso de entrega de los detenidos a las autoridades de Kenia para su procesamiento, la entrega simultánea de los instrumentos, evidencias del delito y demás bienes incautados.

¹²³ La necesidad de hacer un exhaustivo registro, será, por tanto, también consecuencia de que –en su caso– se pueda llevar a cabo esta medida. Innecesario es indicar que debe esconderse hasta la última dependencia y escondrijo del buque antes de abandonar este y proceder a su destrucción, para evitar que quede a bordo escondida alguna persona secuestrada o algún pirata. Y así se ha procedido, precisamente, en los supuestos citados. En el caso del hundimiento de la ballenera, tras el registro y captura, se procedió a su destrucción, tras lo cual los tres supuestos piratas fueron trasladados a la costa de Somalia (véase la noticia «La Armada destruye en el Índico un barco nodriza pirata», en *El Mundo*, edición de 17 de abril de 2010, p. 18). En el caso del hundimiento del buque del día 25 de abril de 2010, tras la interceptación y la oportuna inspección, «se destruyó el buque nodriza y se dejó marchar a los ocho supuestos piratas, a los que se dejó en uno de sus esquifes cerca de Somalia» (véase la noticia «La Armada destruye otro barco nodriza pirata de los piratas», en *El Mundo*, 26 de abril de 2010, p. 15).

5. PAUTAS EN ORDEN A LA DETENCIÓN DE SOSPECHOSOS

A) Introducción

En una clasificación teórico-práctica, Rebato Peño ha diferenciado dos tipos elementales de limitaciones al artículo 17.1 de la Constitución: privación y restricción de libertad¹²⁴. La primera categoría estaría ligada –en esencia– a la existencia de un proceso penal, presupone la iniciación de ciertas diligencias judiciales y la puesta a disposición del Tribunal competente de las persona presuntamente autora del ilícito penal y/o de los resultados de la investigación. La segunda es más flexible y se identifica con la actividad policial de prevención y mantenimiento de la seguridad general, siendo su principal característica el hecho de ser una medida cautelar breve en el tiempo. Entre estas restricciones se pueden enumerar la retención policial a los solos efectos de identificación, los controles de alcoholemia y estupefacientes y las prácticas policiales de cacheo y registro del sujeto¹²⁵. Esta clasificación –desde el punto de vista de nuestro objeto de estudio– debe de completarse con las previsiones del Derecho Internacional en materia de piratería. En efecto, el Convenio de Ginebra sobre Alta Mar y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (artículos 22.2 y 110.2, respectivamente) prevén también la retención temporal de la tripulación de un buque, por ejemplo, para el ejercicio del derecho de visita e inspección de la nave. Igualmente el artículo 2.e de la Acción Común 2008/251 PESC ha reconocido que los Estados participantes en la misión «podrán capturar, retener y entregar a las personas que hayan realizado o sean sospechosas de haber cometido actos de piratería».

En el caso de privaciones y restricciones de libertad en el marco de la Operación Atalanta no hay tampoco previstas reglas legales específicas para su realización. En esta situación particular se pueden establecer condiciones excepcionales dadas las propias circunstancias de la vida a bordo de un barco de guerra y la lejanía a puerto; a estos efectos, caben también ciertas limitaciones en los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 17.2 y 3 de la Constitución, el derecho a tener asistencia inmediata de un letrado, de puesta a disposición física ante un Juez o de comunicar el hecho de la detención a un familiar, entre otros, revelan esta posibilidad de delimitación en este tipo de detención especial, si bien sin hacer en ella excepción alguna en relación con aquellos derechos fundamentales ligados con la integridad y la dignidad de la persona¹²⁶. En su sentencia de 10 de febrero de 1997, el Tribunal

¹²⁴ REBATO PEÑO, M. E., *La detención desde la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 27-68.

¹²⁵ *Ibidem*, cit., p. 41.

¹²⁶ Compárese, OEHLING DE LOS REYES, A., «Los derechos del detenido...», cit., p. 254.

Constitucional, ha expresado esta necesidad con las siguientes palabras: la detención «aun realizada fuera de los límites del territorio español, no deja de estar sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y, en particular, al respeto de los derechos y libertades que nuestra norma fundamental reconoce y garantiza» (STC 21/1997).

B) Retención a los solos efectos de ejercicio del derecho de visita

El hecho de que el ejercicio del derecho de visita por parte de un buque de guerra, de conformidad con el artículo 22.2 del Convenio de Ginebra sobre Alta Mar y 110.2 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, supone, por un lado, limitación efectiva de la libertad ambulatoria, y, por otro, identificación y además inspección del buque o nave civil, hace ver elementos que van más allá de la mera restricción por un breve periodo de tiempo de la libertad del individuo y se puede hablar no tanto de retención sino de detención¹²⁷. La razón es muy sencilla. Como se sabe, en nuestro ordenamiento interno la figura jurídica de la retención se reserva fundamentalmente para hacer referencia a restricciones de libertad del sujeto breves, exigiéndose, en principio, la realización de la diligencia «de forma inmediata y sin dilación» (STC 341/1993). Los ejemplos más típicos son el «requerimiento de identificación» en vía pública por parte de los funcionarios de policía y el «acompañamiento a dependencias policiales a los solos efectos de identificación», reconocidos en el artículo 20.1 y 2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

En segundo término, hay que advertir, no obstante, que en nuestro ordenamiento jurídico hay también restricciones de libertad (retenciones), que exceden el sólo hecho de la identificación y, sin embargo, no se consideran tampoco detenciones en sentido estricto. Piénsese, por ejemplo, en el control de alcoholemia y estupefacientes, reconocido por el artículo 12.1 y 2 del Real Decreto 339/1990, de 2 de marzo, de texto articulado de la Ley de Tráfico¹²⁸. Y ello aún cuando la realización de las pruebas puede suponer un periodo

¹²⁷ En este sentido, por ejemplo, GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal: detención privación y restricción de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 156, para quien la retención solamente es predicable a efectos de identificación.

¹²⁸ El Tribunal Constitucional ha precisado que las previsiones del artículo 17.3 de la Constitución no son aplicables a quien «conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoinculpatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto. La verificación de la prueba supone, pues, un sometimiento, no ilegítimo desde la óptica constitucional, al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos» (STC 107/1985).

largo de tiempo y el traslado del individuo a un centro sanitario para su consecución¹²⁹. Piénsese, igualmente, en la inspección a la que pueden ser sometidos los viajeros en los aeropuertos, en la que, tras un cacheo inicial, cabe solicitar al sospechoso la realización de una prueba radiológica. Y de hecho, el propio Tribunal Constitucional ha renunciado a delimitar expresamente un plazo para la identificación¹³⁰. Realizando, en esta línea, una interpretación extensiva de estas previsiones, podría deducirse que cabe la posibilidad, teniendo en cuenta las circunstancias y ámbito particular en el que se investiga el ilícito, de considerar el ejercicio del derecho de visita —cuando se procede a la inspección de embarcaciones de pequeña eslora (por ejemplo, un esquiife, fueraborda o una embarcación pesquera) sin compartimentos o camarotes— como una retención. No obstante, creemos que el ejercicio del derecho de visita, sin que, al menos, el equipo de inspección informe de las razones del abordaje o sobrepasándose el tiempo «estrictamente necesario» para la realización e indagación de las comprobaciones pertinentes —en los términos del artículo 17.2 del texto constitucional— no sería constitucionalmente admisible¹³¹.

C) Detención

En cuanto a la facultad de los miembros del Cuerpo de Infantería de Marina adscritos a la Policía Naval para realizar una detención, ha de decirse que el artículo 490 de la Ley Rituaria atribuye, *grosso modo*, a «cualquier persona» la capacidad para realizar una detención de todo individuo que vaya a cometer un delito, en caso de descubrir un delincuente *in fraganti*, de todo aquel que se haya fugado de un establecimiento penitenciario o centro de detención y de aquel procesado que estuviere en rebeldía. La condición de «agente de la autoridad» de los miembros de la Policía Naval, a mayor abundamiento, le fue reconocido por el artículo 580 del Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, de las Reales Ordenanzas de la Armada, que reconocía que las unidades de la Policía Naval «en ejercicio de sus funciones tendrán el carácter de agentes de la autoridad». Esta calificación del servicio de la Policía

¹²⁹ Véanse los Capítulos IV y V del Título I del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación.

¹³⁰ Así, QUERALT JIMÉNEZ, J., *Asistencia letrada al detenido*, Atelier, Barcelona, 1999, p. 46.

¹³¹ El Tribunal Constitucional ha determinado que las privaciones de libertad distintas a la detención preventiva están igualmente sujetas a las garantías del artículo 17.2 y 3 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, reconoce, por ejemplo, para casos de identificaciones en vía pública por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la vigencia del derecho a ser informado de las razones de la retención, e incluso, para casos «de una abusiva prolongación» de la diligencia, la vigencia de la previsión del Habeas Corpus (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ. 6º).

Naval ha sido además ratificada por el punto 3 de la Disposición adicional primera y el artículo 29.2 del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las FF.AA, reconociendo – como ya, por cierto, hacia el artículo 585 de las Reales Ordenanzas de la Armada– su capacidad para intervenir, en ausencia de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y dentro de los márgenes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en caso de delito flagrante (artículo 32).

En relación con la competencia para realizar una detención por parte de otros miembros de la tripulación, hay que señalar que el punto 4 de la Disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010 prevé también que «los miembros de la dotación de los buques de la Armada tendrán el carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de funciones de vigilancia y seguridad marítima atribuidas legalmente o por convenios internacionales suscritos por España»; extendiéndose, por tanto, de igual forma, las funciones de tipo policial, en estos supuestos concretos, no sólo al Comandante –que de por sí asume la máxima autoridad de «mando y policía» del buque (artículo 86 de las Reales Ordenanzas de la Armada)–, sino a toda la oficialidad, a todos los soldados y marinería miembros de la tripulación, indistintamente de su graduación. En este sentido, la posición del Comandante del buque adquiere una posición preferente en la nave y en el radio de acción de la operación, pudiendo ordenar detener en casos de urgencia, en aguas jurisdiccionales o en alta mar, a toda persona que pueda suponer una amenaza para el barco o la tripulación o para otro buque sea militar o civil¹³².

En el supuesto de que se realice una detención, el responsable del operativo (Oficial, Suboficial o Cabo primero) deberá poner inmediatamente a los sujetos sospechosos a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como de los posibles efectos o instrumentos del delito, y dará informe –de forma preferentemente escrita dada la importancia del hecho– de entrega y novedades al Jefe u Oficial del que dependa operativamente o al Oficial de guardia. Empero, caso de estar embarcada la Compañía/Sección o en misión en el extranjero, realizando la detención en el marco de una acción de abordaje, en tanto no formen parte de la dotación miembros del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil o de los GEO, se entiende aplazada la regla de poner a disposición del instituto policial al detenido hasta la llegada del barco a puerto, si bien no se ha de hacer excepción alguna en la obligación de informar al Jefe de la Unidad o al Oficial del que haya dependido la ope-

¹³² Algo similar está previsto para el caso del Capitán de un buque civil, dentro del ámbito de su propia nave. Éstos, de conformidad con el artículo 116 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, pueden proceder de forma excepcional a la detención de quien cometa algún tipo de hecho delictivo a bordo. Sobre ello, por ejemplo, CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 44-46.

ración. Una vez el Comandante del buque tiene conocimiento de la detención –tras realizar el pertinente atestado en los términos de los artículos 292 y 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– procede comunicarlo a la cadena de mando nacional y multinacional (Comandante del Mando de Operaciones del EMAD y al Comandante de la Fuerza Naval de Atalanta). En principio, sobre todo en el supuesto hipotético de que la detención se haya producido por secuestro de un buque de pabellón español, desde el JEMAD se notifica el hecho de la detención al Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional. En su caso, tras presentación de denuncia del Abogado del Estado e informe del Ministerio Fiscal, el órgano judicial dictará Auto declarándose o no competente para el inicio de las diligencias judiciales. Si el Instructor corrobora la jurisdicción del Tribunal, se presupone, a partir de ese momento, comunicación entre el órgano judicial y el Comandante del buque. Es entonces cuando el Mando interesa al Juez las circunstancias de la detención y, si se conoce, la identidad de los sujetos sospechoso¹³³. Finalmente, tras este trámite, el Tribunal dicta nuevo Auto, según criterio, decretando prisión provisional cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: que conste la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de ilícito penal y que concurren motivos bastantes para creer responsable criminalmente al individuo contra quien se haya de dictar Auto de prisión¹³⁴.

D) Plazo de detención

El límite del plazo de detención puede estudiarse desde dos perspectivas: desde la perspectiva del artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y desde los artículos 17.2 de la Constitución y 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Conforme al primer criterio se entiende que el particular, la autoridad o el agente que haya detenido a una persona debe entregarla al Juez más próximo o ponerla en libertad en plazo de veinticuatro horas. Empero, según el artículo 17.2 de la Constitución y el artículo 520.1 de la Ley Rituarial, se considera que «la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial».

¹³³ Compárese *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 126, de 25 de noviembre de 2009, pp. 33 y 34, y n.º 288, 11 de noviembre de 2009, p. 228 y ss.

¹³⁴ En los casos que se suscitan en el Índico y el Golfo de Adén y costas de Somalia, por delito de piratería (artículos 616 ter y 616 quáter del Código Penal). Cfr. supra Apartado II".

La distinción jurídica entre el plazo legal y el límite constitucional es, por tanto, en principio, relativa. El primer criterio, presenta una pauta aplicable, dentro del supuesto concreto de restricción de libertad en el mar, por ejemplo, en el caso antes citado de retención para el ejercicio del derecho de visita de una nave. En estos supuestos, si bien la inspección debe realizarse sin sobrepasarse el tiempo «estrictamente necesario» para la realización e indagación de las comprobaciones pertinentes, el traspaso de este límite legal de veinticuatro horas evidenciaría –dependiendo del calado y número de dependencias del barco– una «abusiva prolongación»¹³⁵ de la diligencia y el posible carácter «malicioso» de la detención¹³⁶, pudiéndose catalogar ésta, a partir de ese momento, más como una detención ilegal, en los términos del artículo 530 del Código Penal¹³⁷. En suma: en este tipo de situaciones una vez se han hecho las comprobaciones necesarias y se tiene la mínima constancia de que la tripulación del buque inspeccionado no ha realizado ninguno de los hechos a los que se refiere el artículo 110.1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, debe cesar inmediatamente la detención de la tripulación y, en su caso, del pasaje. El segundo criterio, opera como regla general y presupone que la medida de la detención preventiva en nuestro ordenamiento debe estar determinada por el criterio del «lapso temporal más breve posible» (STC 224/2002), y que, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas –como dice expresamente el artículo 17.2– el sujeto detenido debe ser puesto en libertad o a disposición judicial, como corrobora también el artículo 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dispone que el privado de libertad debe ser conducido «sin dilación» a presencia del Juez¹³⁸.

El periodo de detención preventiva es, pues, corto, pero caben, no obstante, excepciones. En este sentido, los artículos 55.1 y 2 y 116 de la Constitución determinan la posibilidad de prórroga de esta medida en las situaciones de alarma, excepción y sitio, en los términos de la Ley Orgánica 4/1981, de 1

¹³⁵ Compárese, STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ. 6º.

¹³⁶ GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 83.

¹³⁷ El artículo 530 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal, se expresa con el siguiente tenor: «La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años».

¹³⁸ En todo caso, determina la STC 224/2002, FJ. 3º, que la infracción de la norma se produce no sólo por rebasar el plazo de setenta y dos horas, sino también cuando «no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el plazo relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado ya las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial (STC 224/1998, FJ. 4º)».

de junio. En estos casos extraordinarios la autoridad puede proceder a la detención de un individuo por un plazo de hasta diez días (artículo 16.1)¹³⁹. También, en esta línea, el artículo 520 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habilita que en casos de delito de terrorismo o participación con banda armada la detención pueda prolongarse hasta durar cinco días. Igualmente, en orden a la situación de detención en alta mar, la superación del plazo de detención resulta justificada, como ha subrayado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su resolución de 12 de enero de 1999 (caso Rigopoulos v. España), en razón a las circunstancias excepcionales de la detención que justifican un retraso¹⁴⁰. No sería lógico pretender que, siendo una detención en alta mar tuviera la misma validez práctica el límite temporal de la detención establecido en el artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, independientemente de las circunstancias y de las millas a que se encuentra el buque de un puerto español. Es cierto que la norma constitucional y legal reconocen la necesidad de que en plazo se ponga al detenido ante la autoridad judicial; pero de ahí no se deriva que ésta deba suponer la puesta a disposición «física» ante el Juez, sino también que «la persona privada de libertad, transcurrido el plazo de las setenta y dos horas, no continúe sujeta a las autoridades que practicaron la detención y quede, aunque sea a distancia, bajo el control y la decisión del órgano judicial competente»¹⁴¹. La validez de la prolongación del plazo máximo de detención depende, por tanto, de su supervisión por el Juez y, en su caso, de su decisión «acordando elevar la detención a prisión provisional».

La detención preventiva finaliza con su entrega a la autoridad judicial o con la puesta en libertad del detenido¹⁴². La puesta a disposición judicial, en el caso específico de la detención en el marco de la Operación Atalanta, reviste dos formas principales: En primer lugar, por medio de la reconversión de la detención en prisión provisional por parte del Juez de la Audiencia Nacional, caso de que el acto de piratería o robo a mano armada en el mar se haya realizado contra un buque de bandera española o así lo decida el órgano judicial, disponiendo asimismo su traslado inmediato a España. En segundo lugar,

¹³⁹ Sobre las particularidades de la detención en los supuestos del artículo 116 de la Constitución, véase, por ejemplo, REBATO PEÑO, M. E., *La detención desde la Constitución*, cit., pp. 103-110.

¹⁴⁰ En sentido parecido, STEDH, Caso Medveyev v. Francia, de 10 de julio de 2008, donde hace referencia a la imposibilidad física en alta mar de conseguir poner a los detenidos rápidamente ante la autoridad judicial.

¹⁴¹ STC 21/1997, de 10 de febrero de 1997, FJ. 4º (La referencia a la «distancia» es del Auto del Juzgado Central de Instrucción, de 26 de enero de 1995 [FJ. 1º], que conoció de la causa en primera instancia, y que asume, tanto implícita como explícitamente el Tribunal Constitucional en el cuerpo de la sentencia).

¹⁴² REBATO PEÑO, M. E., *La detención desde la Constitución*, cit., p. 91.

de conformidad con el denominado «Canje de notas entre la UE y el Gobierno de Kenia», por medio de la entrega a las autoridades policiales de la República de Kenia de los sujetos sospechosos para su inmediata presentación ante un Juez de este país (puntos 2.b y 3.b)¹⁴³. En caso contrario, la puesta en libertad, es aplicable por decisión judicial o cuando de las comprobaciones realizadas por los agentes se deduce su no participación en el hecho delictivo. En fin, también resulta aplicable la puesta en libertad cuando, aún habiendo indicios racionales bastantes que hacen entrever que el detenido ha participado en la comisión de un acto delictivo, en los términos del artículo 492.4 de la Ley Rituaria, lo decide el Mando de la Operación Atalanta y cuando las víctimas del acto de piratería no interponen denuncia por el intento de secuestro y robo a mano armada. En estas circunstancias, se procede a la detención temporal de los piratas, comiso de las evidencias e instrumentos del delito y, después, se pone en libertad a los sujetos en la costa de Somalia sin tan siquiera comparecer ante el órgano judicial¹⁴⁴.

E) Libro-registro de detenidos

El artículo 20.3 de la Ley Orgánica 1/1992 de Protección de Seguridad Ciudadana atribuye a los funcionarios de las Fuerzas de Seguridad del Estado la obligación de llevar un libro-registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en dependencias policiales, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la Autoridad Judicial Competente y del Ministerio Fiscal. Igualmente, la Instrucción 12/2009, del Secretario de Estado de Seguridad, por la que se regula el «Libro de Registro y Custodia de Detenidos» determina el deber de

¹⁴³ También está previsto su traslado a la República de Seychelles. Véase así el Canje de Notas entre la Unión Europea y la República de Seychelles sobre las condiciones y modalidades de entrega de sospechosos de piratería y robo a mano armada por EUNAVFOR a la República de Seychelles y de su trato después de dicha entrega (DO L 315, de 2 de diciembre de 2009).

¹⁴⁴ Así se procedió, por ejemplo, cuando el día 23 de marzo de 2010 la fragata Navarra, tras recibir aviso del Mando de la Operación Atalanta, acudió en ayuda de un buque mercante de bandera panameña que estaba siendo atacado por piratas. Tras el abordaje de las embarcaciones, en el registro, se encontró un cuerpo sin vida de uno de los asaltantes que había fallecido tras el tiroteo con el buque panameño, casquillos y armas de distinto calibre. Se procedió después, por tanto, a la detención de seis personas y a la destrucción de la embarcación (véase la noticia «La fragata Navarra detiene a otros seis piratas y recoge a otro, fallecido», en *El Mundo*, edición de 24 de marzo de 2010, p. 17). Sin embargo, en tanto el armador del buque no formuló denuncia por intento de secuestro para proceder a la entrega de las autoridades judiciales de Kenia, al día siguiente fueron puestos en libertad en la costa de Somalia (véase la noticia «Los seis piratas quedan libres», *El Mundo*, edición de 25 de marzo de 2010, p. 38).

los agentes de policía de reseñar en un libro con fichas estandarizadas «las detenciones e incidencias que puedan producirse en dependencias policiales durante el tiempo de permanencia de los detenidos en las mismas»¹⁴⁵. Esta regla sencilla y práctica también ha sido reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha entendido que «para que la detención de una persona sea compatible con las exigencias del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es necesario que se registren con la máxima precisión los datos del detenido, la hora, el lugar, los motivos de la detención y el nombre de las personas responsables de la misma»¹⁴⁶. Realizando una interpretación extensiva del tenor literal de estos preceptos puede deducirse que cabe la necesidad para casos de detenciones realizadas por la Policía Naval en este tipo de operaciones –que aunque no son realizadas en las típicas dependencias policiales como la Comisaría, el Cuartelillo, Puertos o Aeropuertos o Puestos fronterizos requieren de un *plus* adicional de control por realizarse en el mar y a miles de kilómetros de España– de llevar, por parte del Mando competente, un libro-registro de personas retenidas y detenidas.

F) Derechos del detenido

El artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que perfila los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 17.3 de la Constitución, dispone que la detención debe realizarse –en lo posible– en la forma que menos perjudique al detenido o preso. Teniendo en cuenta esta premisa, en términos generales, se reconocen las siguientes garantías a la persona detenida: derecho a ser informado de las razones de la detención y de los derechos que le asisten, derecho a guardar silencio y no ser obligado a declarar, derecho a la asistencia de un letrado, derecho a comunicar a un familiar o persona que se desee el hecho de la detención, derecho a interpretar, derecho a interponer recurso de *habeas corpus* y derecho a reconocimiento médico. Empero, el alcance de estos derechos puede ser –de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo– delimitado para casos de arresto en el mar, como consecuencia de la especialidad y circunstancias que supone la detención en un punto muy alejado de puerto y la privación de libertad en un buque. En este contexto, cabe distinguir derechos susceptibles de

¹⁴⁵ Véase en *Boletín Oficial de la Guardia Civil* n.º 35, de 18 de diciembre de 2009, p. 7532.

¹⁴⁶ Así, ÁLVAREZ GARCÍA F. y QUERALT JIMÉNEZ, A., «El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: Un estándar mínimo europeo», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P., (Coords.), *La Europa de los derechos...*, cit., p. 159. La nota a pie nos remite a los siguientes SSTEDH: Caso Çakisi v. Turquía, de 8 de julio de 1999, Caso Anguelova v. Bulgaria, de 13 de junio de 2002 y Caso Orhan v. Turquía, de 18 de junio de 2002.

delimitación (no de privación) y derechos fundamentales ligados con la dignidad y la integridad de la persona que no se pueden restringir en ningún caso; a estos efectos, el derecho a ser informado inmediatamente de sus derechos y de las razones de la detención, el derecho a la asistencia de un abogado, derecho a comunicar el hecho de la detención y el derecho a interponer recurso de *habeas corpus*, se califican como garantías delimitables, sin poder hacer limitación alguna en el derecho a no ser forzado a declarar y en el derecho a reconocimiento médico¹⁴⁷.

a) *Garantía de información al detenido*

La garantía de información al detenido, en el plano teórico-jurídico, como se ha dicho, se concreta en la obligación de informar al detenido con carácter inmediato –en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, en términos del artículo 5.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos– de las razones que han motivado su privación de libertad y de los derechos que le asisten¹⁴⁸. La aplicación práctica, sin embargo, de este requisito, en el contexto de una detención en el marco de una operación en alta mar o en el mar territorial de otros Estados depende, como es lógico, de la posibilidad de que a bordo del buque de la Armada se encuentre alguien que hable y comprenda la lengua de las personas detenidas o retenidas, cosa no siempre factible. Lo que supone que la posibilidad de implementación de esta exigencia en sus estrictos términos tenga que efectuarse dependiendo de las circunstancias y de los medios humanos y técnicos de que se disponga a bordo. En caso de que se proceda a la detención, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Caso Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido, de 30 de agosto de 1990) reconoce que «la persona privada de libertad no necesita ser expresamente informada (...), si esta información puede deducirse de las circunstancias del caso»¹⁴⁹, en la práctica, en caso de que ninguno de los miembros del comando de abordaje conozca el idioma de la tripulación contraria o estos no sepan inglés, cabe proceder a la información tan pronto la lancha con los arrestados llegue al buque de guerra y suban a bordo¹⁵⁰. En último extremo, el barco puede disponer de impresos de información sobre el delito de piratería y de derechos en las lenguas más comunes del teatro de

¹⁴⁷ OEHLING DE LOS REYES, A., «Los derechos del detenido...», cit., pp. 254 y 257.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 244.

¹⁴⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. y QUERALT JIMÉNEZ, A., «El derecho a la libertad y a la seguridad...», cit., p. 176.

¹⁵⁰ De esta manera se procede, por ejemplo, salvando las distancias, cuando el agente de policía ha realizado la detención de un extranjero en la vía pública, proporcionándole un intérprete no en el mismo momento de la detención, sino cuando se produce la llegada a comisaría.

operaciones o, proceder a la comunicación directa de un intérprete por vía telefónica o videoconferencia¹⁵¹.

b) *Derecho a no ser obligado a declarar*

En sentido estricto, la detención de un civil en circunstancias normales por parte de miembros de un patrulla de la Policía Militar sólo procede en casos excepcionales, particularmente, en ausencia de funcionarios de policía, y se extiende hasta que —«tan pronto como sea posible»— proceden a poner a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado al delincuente y las evidencias del delito, no pudiendo, en principio, proceder al interrogatorio de aquellos (artículo 32 del Real Decreto 194/2010). Empero, ya hemos dicho que en caso de misiones en el extranjero, en alta mar o en el mar territorial de otro Estado, en tanto no formen parte de la dotación miembros del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil o de los GEO, se entiende aplazada la regla de poner a disposición del instituto policial al detenido hasta la llegada del barco a puerto.

El interrogatorio realizado a los sospechosos, realizado en el marco de la Operación Atalanta, es una medida excepcional y sumaria destinada más a obtener información sobre posibles datos de posición y previsibles actuaciones de los piratas¹⁵². En caso de toma de declaración por parte de los miembros de la Policía Naval, al igual que el interrogatorio en dependencias policiales realizado por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, después de «invitar a declarar al detenido»¹⁵³, haciéndolo *motu proprio*, no pretende resolver la cuestión de fondo, sino, solamente, registrar algún elemento identificativo relativo al ilícito de valor meramente indiciario (artículo 406 de la Ley Rituaria), y, en su caso, útil para su apunte en el Libro-Registro de detenidos y la formalización del atestado. En este contexto, también cabría aquí, particularmente cuando la detención preventiva pasa a detención provisional por decisión del órgano judicial, la posibilidad de proceder —en los términos establecidos por el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judi-

¹⁵¹ En estas circunstancias, hay que diferenciar derechos que se pueden implementar por medio de otros sistemas que no sean la comunicación hablada y otros que requieren obligatoriamente la intervención de un intérprete. «Es evidente que el derecho a ser asistido de un intérprete deriva del desconocimiento del idioma castellano que impide al detenido ser informado de sus derechos, hacerlos valer y formular las manifestaciones que considere pertinentes ante la administración policial, pues si alguno de esos derechos pudieran respetarse por otros medios (la simple información, por ejemplo, por un texto escrito en la lengua que entienda el detenido) otros derechos, que suponen un diálogo con los funcionarios policiales, no pueden satisfacerse probablemente sin la asistencia del intérprete» (STC 74/1987, FJ. 3º, de 25 de mayo).

¹⁵² Véase POOLE QUINTANA, F., «Contra los piratas en el Golfo de Adén», cit., 828.

¹⁵³ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Asistencia letrada al detenido*, cit., p. 72.

cial— a su interrogatorio por el Juez vía videoconferencia o webcam¹⁵⁴.

El derecho a no declarar engloba el derecho a permanecer en silencio y a no contestar alguna o algunas preguntas que se formulen¹⁵⁵. La Policía Naval —en caso de que el detenido, por casualidad, hable alguna de las lenguas europeas más conocidas (inglés, francés, etc.) o medie la presencia de un intérprete— puede, como hemos dicho, invitar a declarar pero no forzar. la práctica de la diligencia, de acuerdo con los artículo 388 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se inicia preguntando al detenido su nombre y datos personales, así como por su participación en los hechos y grado de participación de otros sujetos. «Si con estas o por cualquier otra circunstancia se observa que el detenido ha “perdido la serenidad” deberá concedérsele un tiempo para descansar y recuperar la calma; siendo totalmente ilegítimos los interrogatorios privando al detenido de sueño o realizados cuando este se encuentre en mala condición física o psíquica»¹⁵⁶, por ser también contrarios al principio de dignidad y al derecho a la integridad física y moral de la persona (artículos 10.1 y 15 de la Constitución). Obvio es decir, por ello, que caso de que el detenido manifieste o haga notar que se encuentra enfermo o en mal estado debe llamarse al sanitario de a bordo para que proceda a realizarle un examen. En este sentido, hay que señalar además que nuestro Derecho interno prohíbe terminantemente cualquier exceso físico o psíquico para obtener una declaración del detenido, pudiéndose incurrir en estos casos en infracción penal (artículo 76 del Código Penal Militar).

c) *Derecho a asistencia de un abogado*

La garantía de intervención de un abogado, al margen del tema objeto de estudio, desde una perspectiva general, ha sido objeto de notables equívocos. Al otorgar muchas veces plena validez a la declaración obtenida con la anuencia del detenido en dependencias policiales con carácter previo a la personación del letrado en el centro de detención —de conformidad con el artículo 520.4 *in fine*—, se ha relativizado la importancia de este derecho fundamental, que se tacha de mera fórmula de procedimiento subsanable, en su caso, *a posteriori* en el juicio oral¹⁵⁷. Pero si se contrapone a esta interpretación rala del artículo 17.3 de la Constitución la idea de que el abogado asume en la prestación de la asistencia al privado de libertad la relevante función de «garante

¹⁵⁴ Sobre la utilización de este sistema técnico, brevemente, DE HOYOS SÁNCHEZ, M., «Euro-orden y causas de denegación de entrega», en SANZ MORAN, A., *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La orden europea de detención y entrega*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 303 y 304.

¹⁵⁵ Así VIDAL ANDREU, G., «Detención y prisión preventiva», en ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 394.

¹⁵⁶ REBATO PEÑO, M. E., *La detención desde la Constitución*, cit., p. 193.

¹⁵⁷ Sobre ello, QUERALT JIMÉNEZ, J., *Asistencia letrada al detenido*, cit., p. 74.

de la integridad física del detenido, y de evitar la autoinculpación por ignorancia de los derechos que le asisten» (STS de 19 de septiembre de 1994)¹⁵⁸, la necesidad de implementación de esta regla en sus estrictos términos cobra mayor coherencia. «La intervención del letrado –dice también expresivamente el Tribunal Constitucional– responde a la finalidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como su derecho a comprobar la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presente a la firma»¹⁵⁹.

El Tribunal Constitucional, en la STC 21/1997, no obstante, ha matizado a este respecto que la virtualidad de este derecho –como también del derecho a ser informado de las razones de la detención y de los derechos que le asisten– tiene su sentido pleno en orden a la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Y éstas, en circunstancias normales, se realizan en dependencias policiales, no en el hecho fáctico del traslado. En el caso de detención en el mar, la misión de los miembros del buque de la Armada no es hacer esta función, sino proceder a la captura del barco, inspeccionarlo y detener a los presuntos responsables de actos de piratería. Si se me permite la comparación, en este caso concreto, su función es –salvando las distancias– homologable a la que realiza el coche celular que traslada a unos sospechosos a comisaría. Es ahí donde, a juicio del Tribunal Constitucional, tiene lugar la investigación de los hechos y donde cobran verdadero sentido estas garantías constitucionales para evitar la indefensión del acusado¹⁶⁰.

En conclusión: no hay jurídicamente duda de que la garantía de asistencia letrada es aplicable a la detención por la Policía Naval en el mar¹⁶¹; sin embargo, en tanto la diligencia de toma de declaración no se realice a bordo ni en el traslado del detenido, limitándose a interrogar al arrestado sobre cuestiones de mera identificación y solicitar información de interés para la operación, de no admitirse otras soluciones¹⁶² quedaría excepcionalmente fuera de

¹⁵⁸ Véase así BEJERANO GUERRA, F., «La asistencia letrada al detenido», en *Sepinnet- revista de práctica penal*, mayo-junio n.º 15, Madrid, 2005, p. 42.

¹⁵⁹ Entre otras SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, 252/1994, de 19 de septiembre, 229/1999, de 13 de diciembre, 199/2003, de 10 de noviembre.

¹⁶⁰ OEHLING DE LOS REYES, A., «Los derechos del detenido...», cit., p. 255.

¹⁶¹ Compárese, REBATO PEÑO, M. E., *La detención desde la Constitución*, cit., p. 217.

¹⁶² En este sentido, REBATO PEÑO, M. E., *La detención desde la Constitución*, cit., p. 217, quien reconoce que la mejor solución, aún en casos de detención en alta mar, sería proveer al detenido de la asistencia de un abogado «desde el primer instante en que esto sea posible». En lo que se refiere a casos de detención en buque de guerra, desde nuestro punto de vista, para cubrir esta regla constitucional fundamental en este tipo de operaciones, podría procederse a la activación y embarco de un Oficial RV, abogado en ejercicio en la vida civil, (compárese, Supra nota n.º 109).

la necesidad de asistencia inmediata de un abogado, siempre y cuando la participación del arrestado se realice voluntariamente y sin mediar ningún tipo de presión.

d) *Derecho a comunicar el hecho de la detención*

La regla de permitir al detenido comunicar el hecho de la privación de libertad a un familiar o allegado –y en caso de ser extranjero de ponerse en contacto con la Oficina Consular de su país– admite excepciones según la Ley. El artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal limita este derecho en casos de detenidos sospechosos de terrorismo y colaboración con banda armada. El artículo 509.1 de la misma también prevé la aplicabilidad de esta medida especial «para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos». La función de esta previsión va dirigida a «aislar al sospechoso con objeto de lograr el mayor esclarecimiento de los hechos que se le imputan» (STS de 12 de junio de 1998), pero también, de forma general, para asegurar la protección de valores garantizados por la Constitución y a efectos de proporcionar seguridad a los ciudadanos¹⁶³. Es esta doble exigencia, pretender el rápido esclarecimiento de los hechos y evitar la fuga de otros presuntos participantes en la comisión del ilícito o la eliminación de evidencias del delito, la que obliga inexcusablemente –presumiendo una posible «confabulación» con familiares y amigos (como suele ocurrir en caso de terrorismo)– a adoptar una medida de este tipo¹⁶⁴.

La base para la restricción de esta garantía en el caso de personas privadas de libertad a bordo de un buque de la Armada, en el marco de una operación en el extranjero, radica, por lo mismo, en que el propio hecho de la detención y, en su caso, el traslado de los detenidos podría verse afectado si se permitiera a éstos comunicar el hecho del abordaje de su embarcación y su detención a cualquier persona, pudiendo así, además, poner en peligro el éxito de la operación, al poner sobre aviso, por ejemplo, a otros piratas que operan en la zona, que podrían escapar de la acción de la justicia o, incluso, organizar una operación de ataque o rescate.

¹⁶³ FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Suspensión de los derechos y libertades. Comentario introductorio al Capítulo V», en ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a las Leyes políticas*, Vol. IV, EDERSA, Madrid, 1986, p. 624; el mismo autor en *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992 p. 248. .

¹⁶⁴ Compárese, ORBEGOZO OROÑOZ, I. / PÉREZ MACHÍO, A. / PEGO OTERO, L., *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo: Especial consideración a la detención incomunicada*, Publicaciones del Ararteko Vasco, Vitoria, 2009, p. 69.

e) *Derecho a interponer recurso de habeas corpus*

En todos los puntos precedentes con relación a la detención hemos visto cómo las distintas previsiones de esta medida cautelar se ordenan alrededor de dos principios básicos: la garantía de la libertad personal y la realización de ésta bajo unos mínimos de seguridad e integridad del sujeto durante el periodo de restricción de libertad¹⁶⁵. El procedimiento de *habeas corpus*, expresamente aludido en el artículo 17.4 de la Constitución, se constituye en mecanismo adicional de control judicial de estos fines de rango fundamental y de cada una de las garantías preventivas: duración de la detención, derechos del detenido y prisión preventiva¹⁶⁶. Este proceso –regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*– es un sistema rápido y eficaz para evitar y hacer cesar de manera inmediata las posibles vulneraciones de los derechos del detenido mediante la puesta a disposición ante el órgano judicial de la persona privada de libertad (STC 208/2000). La acción de *habeas corpus* no pretende resolver el problema litigioso de fondo, sino, solamente, una comprobación profunda sobre la legalidad o ilegalidad de la detención. De este modo, una vez examinados por el Juez los requisitos de la solicitud, de haber escuchado a las partes (también al detenido) y practicado las demás actuaciones que prevé la ley, el órgano judicial, si estima que se ha producido alguna irregularidad, mandará la puesta a disposición judicial o en libertad del sujeto, su traslado a otro centro de detención o la subsanación de los fallos que se hallan podido observar en la detención (artículo 8 de la Ley Orgánica 6/1984).

Empero, en el caso de detención en alta mar, también en razón a la especialidad de las circunstancias y particularidad del marco donde tiene lugar el arresto y el traslado del detenido, la superación del plazo legal de privación de libertad no habilita inmediatamente a la interposición de recurso de *habeas corpus*. En estos casos excepcionales, como se ha dicho anteriormente, no sería lógico pretender que, siendo una detención practicada a muchas millas de distancia de un puerto nacional, tuviera la misma validez el límite temporal de setenta y dos horas establecido en el artículo 17.2 de la Constitución. En tales circunstancias, si bien se podrían realizar de forma extraordinaria alguna de las diligencias procedimentales del proceso por vía de videoconferencia, transcurrido el plazo de detención, basta únicamente con asegurar que el privado de libertad no continúa sujeto a las autoridades que practicaron la detención y quede, aunque sea a distancia, bajo control y supervisión del ór-

¹⁶⁵ Véase QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 274.

¹⁶⁶ Véase GARCÍA MORILLO, J., «Algunas consideraciones sobre el reconocimiento constitucional de la libertad personal», en el colectivo *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia, 2000, pp. 572 y 574.

gano judicial competente. Esta doctrina ha sido sentada por la STC 21/1997 –se remonta al caso del ciudadano griego Angelos Rigopoulos, capitán del buque de bandera panameña Archangelos, capturado por un buque del Servicio de Vigilancia Aduanera en aguas internacionales en el Atlántico y que permaneció detenido a bordo durante diecisiete días hasta que arribó a Las Palmas– y ha sido avalada por el Tribunal de Estrasburgo en el caso Rigopoulos v. España de 12 de enero de 1999 y en el caso Medveyev v. Francia, de 10 de julio de 2008¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Hay que hacer notar, sin embargo, que esta solución no es del todo indicada en otro tipo de fallos de las previsiones legales de la detención, por ejemplo, para el caso hipotético de trato vejatorio o presiones por parte de alguno de los miembros de seguridad del buque. Una vez más se hace patente la necesidad de disponer en este tipo de operaciones de la presencia de un letrado en ejercicio. La Ley Orgánica 6/1984 faculta al Juez en este estado de cosas a mandar que se ponga al detenido «en establecimiento distinto, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la detentaban». En último extremo, el traslado a otro buque de la Armada participante en la misión o su traslado inmediato, en su caso, vía aérea, a España o a una base de alguna de las misiones en las que participan las FF.AA en el extranjero, podría ser una solución.

El régimen jurídico de la obtención y utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica en el ordenamiento jurídico español

Sergio Romeo Malanda

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad de las Palmas de Gran Canaria

Recibido: 13.04.2011

Aceptado: 31.05.2011

Resumen: La Ley 14/2007 de 3 de Julio, de investigación biomédica (LIB), reconoce que la investigación biomédica y las ciencias de la salud son instrumentos esenciales para mejorar la calidad y la esperanza de vida de las personas, y para incrementar su bienestar. De forma específica enfatiza que la obtención, el uso y la cesión de muestras biológicas con fines diagnósticos y de investigación ha aumentado de forma significativa, y que han surgido incertidumbres éticas y jurídicas que han de ser debidamente reguladas.

La LIB ha pretendido responder a los retos que la investigación biomédica plantea en general y particularmente en relación con las muestras biológicas humanas, a la vez que pretende garantizar la protección de los derechos de las personas que podrían verse vulnerados.

En este artículo, el autor analiza los aspectos legales relativos a la obtención, uso y cesión de muestras biológicas en investigación biomédica. Lógicamente, el marco jurídico pivota en torno al consentimiento del sujeto fuente y en la información que debe haber sido proporcionada previamente a este respecto. Admitiendo que existe una divergencia entre la concesión de consentimientos completamente genéricos y específicos sobre el destino posterior de las muestras, la Ley ha optado por una opción intermedia y flexible.

Palabras clave: materiales biológicos humanos, investigación biomédica, consentimiento informado, estudios de diversidad genética, Comités de Ética de la Investigación

Abstract: *The Law 14/2007 of 3 July on Biomedical Research (LBR) acknowledges that biomedical research and health sciences are key tools to improve the quality of life and life expectancy of people and increasing their well being. Specifically, it emphasises that the collection, use and transfer of biological samples for diagnostic and research purposes has increased significantly, and that ethical and legal uncertainties have been created that have to be properly regulated.*

The LBR has attempted to respond to the challenges that biomedical research raises in general and particularly in relation to human biological samples, and at the same time guarantee the protection of the rights of individuals who could be affected.

In this article, the author analyses the legal aspects related to the collection, use and transfer of biological samples in biomedical research. Logically, the legal framework depends upon the consent of the source of the samples and on the previous information that must be provided in this regard. Recognising that there is a diver-

gence between the grant of completely generic or specific consent on the use or later uses of the sample, the Law has chosen an intermediate and flexible option.

Keywords: *human biological material, biomedical research, informed consent, Studies of genetic diversity, Research Ethics Committee*

Sumario: 1. Introducción: el uso de muestras biológicas con fines de investigación biomédica. 2. Obtención de muestras biológicas. 2.1. Previo: distinción entre el consentimiento para la obtención de una muestra biológica y el consentimiento para su uso posterior. 2.2. Reglas generales relativas a la obtención de muestras biológicas con fines de investigación biomédica. 2.3. Participantes menores de edad y personas incapacitadas. 2.4. Obtención de muestras biológicas de sujetos fallecidos. 2.5. Obtención de muestras biológicas de embriones y fetos humanos. **3. Utilización de las muestras biológicas. 3.1.** Empleo para los fines consentidos por el sujeto fuente o su representante legal. Consentimiento para el uso de las muestras biológicas con fines de investigación biomédica. 3.1.1. Muestras biológicas recogidas para un proyecto de investigación específico. 3.1.2. Muestras biológicas recogidas con una finalidad distinta a la investigación que también desean emplearse con fines de investigación. 3.1.2.1. La finalidad secundaria de investigación es conocida en el momento de la obtención. 3.1.2.2. La finalidad secundaria de investigación es sobrevenida. 3.1.3. Revocación del consentimiento para el uso de la muestra biológica. Efectos sobre la muestra. 3.2. El uso de muestras biológicas para fines diferentes a los autorizados por el sujeto fuente. 3.3. Circulación internacional de muestras biológicas. **4. El tratamiento de muestras biológicas en estudios de diversidad genética**

1. Introducción: el uso de muestras biológicas con fines de investigación biomédica

A lo largo de la historia se ha profesado un respeto muy especial por el cuerpo humano. Respeto que se ha extendido a las partes del cuerpo humano separadas del mismo.

Este respeto mostrado al cuerpo humano no ha sido visto, sin embargo, como una barrera que impida de forma absoluta una utilización diversa del cuerpo humano y sus partes. Así, desde antiguo se viene aceptando la disección de cadáveres donados y su utilización en la formación de estudiantes de medicina. Igualmente, sangre, tejidos y órganos de donantes vivos o fallecidos se emplean para trasplante a fin de salvar, o mejorar la calidad de vida de otros; tejidos humanos se utilizan en investigación científica y médica, lo cual puede conducir al desarrollo de productos terapéuticos que puedan suponer un beneficio para las personas.

De este modo, en pocos años ha cobrado enorme relevancia la obtención, utilización, almacenaje y cesión de las muestras biológicas con fines de in-

vestigación biomédica. Si bien es indudable que la investigación biomédica en ciencias de la salud es un instrumento clave para mejorar la calidad y la expectativa de vida de los ciudadanos y para aumentar su bienestar, sin embargo, estos avances científicos y los procedimientos y herramientas utilizados para alcanzarlos, generan importantes incertidumbres éticas y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan complejo que afecta de manera tan directa a la identidad del ser humano.

Desde hace varios años han venido apareciendo un gran número de documentos de diferente naturaleza (normas legales, guías éticas, protocolos de actuación, recomendaciones, etc.) elaborados por diversos organismos nacionales e internacionales, los cuales indudablemente han servido de ayuda a los investigadores que utilizan material biológico humano, si bien también han puesto de manifiesto la diversidad de criterios existentes sobre estas cuestiones y la falta de consenso al respecto¹. Ante este panorama se hace im-

¹ Sin ánimo de exhaustividad, entre el ingente número de documentos nacionales e internacionales referentes al tratamiento de materiales biológicos en investigación biomédica, podemos citar los siguientes: Alemania (GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *Biobanks for Research*, 2004), Australia (AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *Essentially Yours: The Protection of Human Genetic Information in Australia*, 2003), Consejo de Europa (*Recommendation Rec (2006) 4 on research on biological materials of human origin*, 2006), España (COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA, *Problemas éticos en el almacenamiento y la utilización de muestras biológicas*; GRUPO PARA EL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, *Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, 2006; COMITÉ DE ÉTICA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE ENFERMEDADES RARAS, *Recomendaciones sobre los aspectos éticos de las colecciones de muestras y bancos de materiales humanos con fines de investigación biomédica*, 2007), Estados Unidos (NATIONAL BIOETHICS ADVISORY COMMISSION, *Research involving human biological materials: ethical issues and policy guidance*, 2000), Estonia (Human Genes Research Act, 2003), Francia (FRENCH NATIONAL CONSULTATIVE ETHICS COMMITTEE, *Ethical issues raised by collections of biological material and associated information data: "biobanks", "biobibliothèques"*, 2003; Código de Sanidad, tras las reformas introducidas por la Ley de Bioética, 2004), Grecia (NATIONAL BIOETHICS COMMISSION, *Recommendation on banks of biological material of human origin (biobanks) in biomedical research*, 2006), Irlanda (IRISH COUNCIL FOR BIOETHICS, *Recommendations on the collection, use and storage of human biological material in research*, 2005), Islandia (Act on a Health Sector Database, 1998; Act on Biobanks, 2000), Italia (ITALIAN SOCIETY OF HUMAN GENETICS, *Guidelines for Genetic Biobanks*, 2004), Organización Mundial de la Salud (WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Genetic databases. Assessing the benefits and the impact on human patient rights*, 2003), Noruega (Act relating on Biobanks, 2003), Reino Unido (NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human tissue. Ethical and Legal issues*, 1995; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human tissue and biological samples for use in research*, 2001; MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001), Sociedad Europea de Genética Humana (EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN GENETICS, *Recommendations on data storage and DNA banking for biomedical research: technical, social and ethical issues*, 2001), Suecia (Law on biobanks in the field of health and medical care, 2002, reformada en 2005), Orga-

prescindible disponer de un marco normativo adecuado que proporcione seguridad jurídica y dé respuesta a los nuevos retos científicos, al mismo tiempo que garantice la protección de los derechos de las personas que pudiesen resultar afectados por la acción investigadora. Además, es necesaria una armonización a nivel internacional de los requisitos para el tratamiento de muestras biológicas en investigación biomédica (consentimiento, confidencialidad, calidad de las muestras, etc.)², pues sólo de esta forma va a poder conseguirse una colaboración fluida entre investigadores de diferentes países.

El legislador español ha venido regulando de forma sectorial el uso de materiales biológicos, atendiendo a la naturaleza de material de que se trata o al fin al que está destinado. Así, existe una detallada normativa sobre el uso terapéutico de órganos, tejidos y sangre³, el empleo de gametos con fines reproductivos y de investigación⁴, el uso de material biológico en el curso de una

nización del Genoma Humano (HUGO ETHICS COMMITTEE, *Statement DNA-Sampling: Control and Access*, 1997), UNESCO (*Declaración internacional sobre los datos genéticos humanos*, 2003), Unión Europea (EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *Opinion on ethical aspects of human tissue banking*, 1998).

Vid. también una completa exposición y análisis de diversos documentos normativos y no normativos existentes al respecto, especialmente en el ámbito europeo, Béatrice GODARD/Jörg SCHMIDTKE/Jean-Jacques CASSIMAN/Ségolène AYMÉ, "Data storage and DNA banking for biomedical research: informed consent, confidentiality, quality issues, ownership, return of benefits. A professional perspective", *European Journal of Human Genetics*, n° 11 (2003), pp. 88 y ss.

² Cfr. Sven OVE HANSSON, "The ethics of biobanks", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, n° 13 (2004), p. 324; Jane KAYE, "Do we need a uniform regulatory system for biobanks across Europe?", *European Journal of Human Genetics*, n° 14 (2006), p. 245 (sobre la forma más adecuada de abordar esta armonización en el ámbito europeo, *vid.* p. 247). Indudablemente, documentos tales como la Declaración internacional de la UNESCO sobre los datos genéticos humanos (2003), o la Recomendación del Consejo de Europa sobre investigación con materiales biológicos de origen humano (2006), van esta dirección. Sin embargo, no hay que olvidar que estos documentos no tienen carácter vinculante. Ahora bien, también es cierto, como oportunamente señala Don CHALMERS, "Ethical Principles for Research Governance of Biobanks", *Journal of International Biotechnology Law*, n° 3 (2006), p. 225, que «la armonización de la legislación es inevitablemente compleja, mientras que la armonización de principios éticos sobre investigación con humanos es mucho más realista».

³ Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos; Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos; Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. También debe tenerse en cuenta la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitario, en lo que respecta a los medicamentos de origen humano.

⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

autopsia⁵, la obtención y uso de muestras biológicas en el curso de una investigación penal⁶, la importación y exportación de muestras biológicas con fines diagnósticos y de investigación *in vivo*⁷, o el uso de materiales biológicos con fines de investigación en seres humano⁸. Además, existen otras normas que pueden ser de aplicación cuando se obtenga material biológico de una persona⁹.

Faltaba por regular, sin embargo, otros ámbitos en los que el uso de muestras biológicas ha demostrado ser de una notable relevancia, como es el caso del uso de muestras biológicas *ex vivo* en investigación biomédica, lo cual ha venido siendo criticado por la doctrina¹⁰. La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (LIB), ha venido a rellenar esta laguna, si bien no regula la materia en toda su extensión, pues en su disposición final tercera se hace referencia al necesario desarrollo reglamentario de alguna de las materias en ella contenidas¹¹. Igualmente, las Comunidades Autónomas podrán dictar ciertas disposiciones en el ámbito de las competencias que les han

⁵ Ley 29/1980, de 21 de junio, de Autopsias Clínicas y Real Decreto 2230/1982, de 18 de junio, de desarrollo de la Ley 21 de junio de 1980, reguladora de las Autopsias Clínicas, en el caso de las autopsias clínicas; y Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 343), en el caso de las autopsias forenses o judiciales.

⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 326.III y 363.II) y Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN (Disposición Adicional Tercera).

⁷ Real Decreto 65/2006, de 30 de enero, por el que se establecen requisitos para la importación y exportación de muestras biológicas.

⁸ Decreto 1301/2006 y Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

⁹ Por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa, de 4 de abril de 1997, sobre Derechos Humanos y Biomedicina o la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹⁰ Así, por ejemplo, Carlos María ROMEO CASABONA, "Utilización de muestras biológicas y bancos para la investigación biomédica", *IV Congreso Mundial de Bioética. Ponencias y comunicaciones*, Sociedad Internacional de Bioética, Gijón, 2005, p. 85, afirma que "la carencia actual de prescripciones jurídicas constituyen un vacío normativo que debería subsanarse lo antes posible". En el mismo sentido, Pilar NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2006, p. 336.

¹¹ Según esta Disposición final tercera: "Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley, y en particular para establecer: a) Las normas de intercambio y circulación, interna, intracomunitaria y extracomunitaria, de material biológico de origen humano con fines de investigación; b) Los requisitos de acreditación y autorización de los centros, servicios y equipos biomédicos relativos a la obtención y utilización de cualquier material biológico de origen humano con fines de investigación biomédica; (...) d) el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para Investigación Biomédica, el cual estará adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo".

sido atribuidas. Por el contrario, esta norma no será de aplicación a aquellas investigaciones que precisen muestras biológicas, pero que no se desarrollen en el ámbito de la biomedicina, como puede ser el caso de la investigación militar (por ejemplo, para desarrollar armas biológicas)¹².

Así, en su art. 1, la LIB recoge como objeto de la misma, “regular, con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona, la investigación biomédica y, en particular: (...) c) El tratamiento de muestras biológicas; d) El almacenamiento y movimiento de muestras biológicas¹³; e) Los biobancos”. Sin embargo, a pesar de la amplitud del ámbito de aplicación que subyace en este precepto, lo cierto es que, en realidad únicamente se ocupa del tratamiento de muestras biológicas con fines de investigación biomédica.

En concreto, la cuestión de las muestras biológicas y los biobancos se regula de forma específica en el Título V, y en particular en los Capítulos III (“Utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica”, y IV (“Biobancos”). En el art. 44 LIB, que abre el Capítulo I del Título V (“Disposiciones de carácter general”) se establece el objeto de este Título V: 1º Establecer los requisitos que deben cumplir las instituciones y las personas que traten muestras biológicas; 2º Velar por el correcto empleo de las muestras biológicas para investigación biomédica; 3º Establecer los requisitos que deben cumplir los biobancos para su creación y funcionamiento; y 4º Asegurar la gratuidad en todo el proceso de donación, cesión, almacenaje y utilización de muestras biológicas tanto para los sujetos fuente como para los depositantes, sin perjuicio de la compensación de los costes.

Este trabajo se centra en la primera de las cuestiones mencionadas, esto es, el análisis de la normativa relativa a la obtención y utilización de muestras biológicas con fines de investigación biomédica, y viene a completar la investigación iniciada hacia unos años sobre el tratamiento jurídico de los materiales biológicos, investigación que comenzó con el estudio del régimen jurídico de las muestras biológicas con fines diagnósticos y terapéuticos, tra-

¹² Según Yael BREGMAN-ESCHET, “Genetic Databases and Biobanks: Who controls our Genetic Privacy?”, *Santa Clara Computer and High - Technology Journal*, nº 23 (2006), p. 13, la mayor colección de sangre y tejidos en los Estados Unidos (y probablemente en el mundo) pertenece a un organismo militar (el Instituto de Patología de las Fuerzas Armadas), y contiene 92 millones de muestras biológicas, las cuales se han ido almacenando desde el año 1864.

¹³ Esta referencia al “almacenamiento y movimiento de muestras biológicas” resulta redundante, pues la LIB ya ha establecido como objeto de la misma el “el tratamiento de muestras biológicas”. En el art. 3, letra w) LIB se define *tratamiento de de muestras biológica* como aquellas “operaciones y procedimientos que permitan la obtención, conservación, utilización y cesión de (...) muestras biológicas”. Así pues, el tratamiento es cualquier actuación en la que se vea envuelta una muestra biológica, incluido su almacenamiento y movimiento.

bajo publicado en esta misma Revista.¹⁴ Esta línea de investigación se completará próximamente con el análisis del régimen jurídico de los biobancos con fines de investigación biomédica.¹⁵

2. Obtención de muestras biológicas

2.1. *Previo: distinción entre el consentimiento para la obtención de una muestra biológica y el consentimiento para su uso posterior*

En este apartado dedicado a la obtención de muestras biológicas únicamente me ocuparé del consentimiento dirigido a la obtención de la muestra biológica del sujeto fuente. Es decir, antes de destinar la muestra al uso pretendido hay que obtenerla. Para ello el sujeto fuente debe, con carácter general, dar su consentimiento, debiendo ser informado de ciertos aspectos. De este modo, como dice ROMEO CASABONA, “el consentimiento debe abarcar entonces una doble vertiente: el acto principal (participar en un ensayo, someterse a una intervención quirúrgica) y el seguro o posible uso de la muestra biológica”¹⁶.

Por supuesto, la obtención de la muestra no puede desligarse, en la mayoría de los casos, de su uso posterior. La muestra se obtiene para algo en concreto. Y el sujeto fuente debe conocer también dicho destino. Ello no es óbice para que el acto de obtención y los actos de utilización posterior sean dos realidades diferentes que conviene distinguir, pues también son dos los consentimientos que se prestan y dos las informaciones que el sujeto fuente debe recibir, y ello aunque ambos consentimientos se presten conjuntamente y la información se reciba de forma completa en un mismo acto.

Además, también hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones, la muestra se obtiene con una finalidad directa, pero se plantea la posibilidad de usos secundarios. En tales casos, el consentimiento para dichos usos está desligado de la obtención de la muestra y se prestará de forma independiente aunque, de nuevo, si tales usos son ya conocidos en el momento de la obtención, el consentimiento para un uso posterior o secundario pueda prestarse conjuntamente con el del fin principal.

En definitiva, el fin principal al cual desea destinarse la muestra biológica es esencial para el otorgamiento del consentimiento, hasta el punto de que de ello de-

¹⁴ Sergio ROMEO MALANDA, “La utilización de materiales biológicos humanos con fines diagnósticos y terapéuticos”, *Estudios de Deusto*, Vol. 56, nº 1 (2008), pp. 161-213.

¹⁵ V. una visión general sobre esta cuestión, Sergio ROMEO MALANDA, “Biobancos”, en Carlos María Romeo Casabona (Ed.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Tomo I*, Comares, Granada, 2011, pp 131-146.

¹⁶ Carlos María ROMEO CASABONA, “Utilización de muestras biológicas y bancos para la investigación biomédica”, *IV Congreso Mundial de Bioética. Ponencias y comunicaciones*, Sociedad Internacional de Bioética, Gijón, 2005, p. 89.

pendará la validez del mismo, y que la muestra pueda o no obtenerse¹⁷. Por ello, en este apartado no vamos a centrarnos tanto en los requisitos de información sobre el destino (principal o secundario) de la muestra, sino en el requisito de la capacidad para poder consentir la obtención de la misma, así como en el de la información sobre la extracción y sus efectos sobre la persona. La cuestión relativa a la información sobre los usos posteriores a la obtención será analizada más abajo.

2.2. Reglas generales relativas a la obtención de muestras biológicas con fines de investigación biomédica

El art. 1 LIB establece como uno de los objetos de esta norma, “el tratamiento de muestras biológicas” (letra c). El tratamiento incluye la obtención de las mismas¹⁸. Como regla general, el art. 4.1.I LIB establece que “se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada”. Por su parte, el art. 4.2.I LIB señala que “se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación”. Además, “las personas que participen en una investigación biomédica podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin perjuicio de las limitaciones que establece esta ley” (art. 4.3 LIB)¹⁹.

¹⁷ Por ejemplo, si se quiere obtener sangre de una persona, el sujeto deberá consentir el acto médico dirigido a la obtención, teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento invasivo. Pero para que éste puede llevarse a cabo, es imprescindible conocer cuál va a ser el destino de la sangre tras su extracción. No es lo mismo que ésta vaya a ser empleada en un diagnóstico clínico, que se obtenga para ser donada con fines terapéuticos, o que vaya a ser utilizada con fines de investigación biomédica. En el primer caso habrá que atender a las reglas contenidas en la LAP y la LIB (si se trata de un análisis genético). En el segundo, habrá que aplicar el Real Decreto 1088/2005, de tal modo que la obtención no se podrá llevar a cabo, por ejemplo, si el sujeto es menor de edad. Finalmente, si esa muestra va a ser empleada en una investigación biomédica, antes de tomar la muestra habrá que comprobar que se cumplen las disposiciones de la LIB (por ejemplo, que existe un informe del Comité de Ética de la Investigación correspondiente).

Para el GRUPO PARA EL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, *Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, Instituto Roche, Madrid, 2006, p. 40, «si el procedimiento de la obtención de la muestra representara una afectación de la integridad corporal de tal entidad que pudiera poner en peligro la salud del sujeto, no se podría justificar su empleo en aras de la investigación científica, ni tan siquiera con el consentimiento del sujeto, aunque no debe descartarse como finalidad secundaria o residual».

¹⁸ Cfr. art. 3.w) LIB.

¹⁹ Desde un punto de vista contractual, Ana DÍAZ MARTÍNEZ, “Daños causados en la investigación biomédica y la realización de estudios genéticos: conductas y omisiones determinantes de responsabilidad y resarcimiento”, *Diario La Ley*, 19 de septiembre de 2007, p. 3, entiende que este precepto supone la admisibilidad del desistimiento unilateral como forma de extinción.

Por su parte, el art. 58 LIB está dedicado en exclusiva a la obtención de muestras biológicas para investigación biomédica. Según el apartado primero de este precepto, “la obtención de muestras biológicas con fines de investigación biomédica podrá realizarse únicamente cuando se haya obtenido previamente el consentimiento escrito del sujeto fuente y previa información de las consecuencias y los riesgos que pueda suponer tal obtención para su salud. La donación será revocable”. Además, de acuerdo con la Disposición final segunda de la LIB, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) será de aplicación de forma supletoria en todo aquello no previsto en la presente Ley.

La Ley de Investigación Biomédica, para asegurarse del cumplimiento de todas las garantías exigidas respecto a la participación de personas en una investigación biomédica, antes de dar inicio a la obtención de las muestras biológicas, exige su sometimiento al control de un Comité de Ética de la Investigación. Así, el art. 12.2 LIB dice que “el Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro ejercerá las siguientes funciones: (...) e) Informar, previa evaluación del proyecto de investigación, toda investigación biomédica que implique (...) utilización de muestras biológicas de origen humano, sin perjuicio de otros informes que deban ser emitidos. No podrá autorizarse o desarrollarse el proyecto de investigación sin el previo y preceptivo informe favorable del Comité de Ética de la Investigación”. Además, según el art. 62 LIB, “será preciso, en todo caso, el informe favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro para la obtención y utilización de muestras biológicas para investigación biomédica (...)”^{20,21}.

²⁰ La intervención del Comité de Ética de la Investigación será necesario incluso cuando las muestras que desean utilizarse vayan a ser obtenidas con un fin distinto al de investigación (diagnóstico o terapéutico), pero se pide el consentimiento para que éstas sean empleadas con tal finalidad de forma secundaria. También resulta irrelevante que las muestras biológicas estén o no anonimizadas (cfr. MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 10. Sin embargo, el GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *Biobanks for Research*, 2004, p. 66, considera que la intervención de un comité de ética no debería ser necesaria cuando se trate de muestras biológicas anónimas o anonimizadas).

Para un análisis más detallado del papel de los Comités de Ética de la Investigación en relación con el uso de muestras biológicas en investigación biomédica, *vid.* GRUPO PARA EL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, *Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, Instituto Roche, Madrid, 2006, pp. 133 y ss.

²¹ Según la Disposición transitoria tercera de la LIB, “los Comités Éticos de Investigación Clínica dejarán de existir a partir del momento en que se constituyan los Comités de Ética de la Investigación. Hasta que dichos Comités se constituyan, los Comités Éticos de Investigación Clínica que estén en funcionamiento en los centros que realicen investigación biomédica, podrán asumir las competencias de aquéllos”.

También puede suceder que las muestras biológicas que desean obtenerse con fines de investigación biomédica no vayan a emplearse en una investigación previamente determinada, sino que lo que se pretende es su almacenamiento organizado en un biobanco poblacional. En tales casos, la LIB también requiere la existencia de una evaluación ética de la política del biobanco respecto a la obtención de las muestras biológicas que van a integrarlo. Por un lado, el art. 69.1 LIB estipula que “la obtención de muestras se realizará de acuerdo con lo previsto en el Capítulo III del presente Título”, es decir, incluyendo lo dicho anteriormente respecto a la necesidad de una valoración por parte de un Comité de Ética de la Investigación. Pero además, esta exigencia se recoge de forma expresa cuando en el art. 66.1 LIB, relativo a la organización del biobanco, se establece la obligatoriedad de que el biobanco cuente con un Comité de Ética de carácter externo, cuya misión será asistir al responsable del biobanco en sus funciones. Este Comité será el encargado de valorar los criterios de obtención de las muestras biológicas que vayan a formar parte del biobanco.

La LIB exige un consentimiento escrito para la obtención de muestras biológicas con fines de investigación biomédica²². Del mismo modo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1.II LIB, la información se proporcionará igualmente por escrito. Ésta deberá comprender la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación.

Por otro lado, la obtención del material biológico, especialmente si se requiere un procedimiento invasivo²³, deberá ser llevada a cabo por personal sanitario cualificado y en un centro que reúna las condiciones de calidad exigidas²⁴. En efecto, la obtención de muestras biológicas con fines de investigación biomédica requiere, en ocasiones, la práctica de procedimientos invasivos de la integridad corporal. En estos casos existe indudablemente un cierto riesgo (siquiera mínimo) para la salud de los sujetos participantes. Cuando ello sea así, habrá que atenerse a lo dispuesto en el art. 18 LIB, precepto que se ocupa de las compensaciones por daños y su aseguramiento, y que es de aplicación, según recoge su apartado 1º, a “las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de su participación en un proyecto de investigación”. Según DÍAZ MARTÍNEZ, «el específico sistema de responsabilidad que el art. 18 de la Ley de investigación biomédica configura sólo es aplicable a los daños corporales causados con procedimientos invasivos utilizados para la obtención de muestras biológicas cedidas con aquellos fines.

²² Vid. arts. 4.1.I, 45. d) y 58.1 LIB. No obstante, “si el sujeto de la investigación no pudiera escribir, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad” (art. 4.1.IV LIB).

²³ Por *procedimiento invasivo* se entiende “toda intervención realizada con fines de investigación que implique un riesgo físico o psíquico para el sujeto afectado” [art. 3 t) LIB].

²⁴ EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *Opinion on ethical aspects of human tissue banking*, 1998, apartado 2.1.

Es un riguroso régimen de responsabilidad objetiva, con inversión de la carga de la prueba en materia de nexos causales, limitado temporalmente a los daños sufridos durante la investigación y en el año siguiente a su terminación, acompañado de la obligatoriedad de suscripción de un seguro y de la determinación de los responsables (entre sí de forma solidaria) en caso de que, por distintas causas, el seguro no diera cobertura al siniestro»²⁵.

2.3. Participantes menores de edad y personas incapacitadas

Según el art. 58.5 LIB “la obtención de muestras biológicas de menores de edad y personas incapacitadas con fines de investigación biomédica, estará sometida a las siguientes condiciones: a) que se adopten las medidas necesarias para garantizar que el riesgo de la intervención sea mínimo para el sujeto fuente; b) que de la investigación se puedan obtener conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación objeto de investigación, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla; c) que estos conocimientos no puedan ser obtenidos de otro modo; y d) que se cuente con la autorización por parte de los representantes legales del menor o de la persona incapacitada o que, en su caso, existan garantías sobre el correcto consentimiento de los sujetos fuente”. Estos requisitos no se exigirán si el destino de las muestras biológicas a la investigación está previsto como secundario al fin principal de diagnóstico o tratamiento²⁶, salvo que desee aprovecharse tal intervención para obtener una cantidad de material biológico con fines de investigación superior al que sería necesario para poder llevar a cabo el fin principal. En tal caso, la obtención de ese material extraordinario deberá someterse a las reglas establecidas sobre obtención de muestras biológicas con fines de investigación biomédica.

Es el investigador quien debe valorar, en primer lugar, la capacidad real de participante en la investigación. La capacidad individual para consentir

²⁵ Ana DÍAZ MARTÍNEZ, “Daños causados en la investigación biomédica y la realización de estudios genéticos: conductas y omisiones determinantes de responsabilidad y resarcimiento”, *Diario La Ley*, 19 de septiembre de 2007, p. 6 (*vid.* también, pp. 2 y s.). Esta interpretación tan restrictiva del art. 18 LIB se debería, según esta autora, al hecho de que un precepto legal redactado en la forma en que éste lo está, no puede contener una modificación tan esencial de nuestro sistema de responsabilidad (p. 2).

²⁶ Los materiales biológicos que han sido obtenidos para fines específicos distintos del de investigación se regirán por la normativa concreta que regule los mismos. Cfr. Carlos María ROMEO CASABONA, “Utilización de muestras biológicas y bancos para la investigación biomédica”, *IV Congreso Mundial de Bioética. Ponencias y comunicaciones*, Sociedad Internacional de Bioética, Gijón, 2005, p. 82; Amelia MARTÍN URANGA/M^a Concepción MARTÍN-ARRIBAS/Jeanne-Hélène DI DONATO/Manuel POSADA DE LA PAZ, *Las cuestiones ético-jurídicas más relevantes en relación con los biobancos*, Instituto de Salud Carlos III-Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2005, p. 11.

debe considerarse en relación con diversas variables. En principio, ésta se presume en sujetos mayores de edad no incapacitados, pero puede negarse en un caso concreto y en un momento determinado. Por ejemplo, algunos sujetos pueden sufrir una falta de capacidad debido a un determinado tratamiento médico en el que se encuentran incurso o a la medicación que están tomando²⁷. Igualmente, individuos que padecen ciertos desórdenes, como esquizofrenia, pueden disfrutar de prolongados periodos de lucidez.

La letra d) del art. 58.5 LIB exige “que se cuente con la autorización por parte de los representantes legales del menor o de la persona incapacitada”. Si el sujeto no es capaz para tomar decisiones debido a su estado físico o psíquico y carece de representante legal (es decir, se trata de una persona incapaz no incapacitada)²⁸, una interpretación *a sensu contrario* de dicho precepto nos lleva a la conclusión de que no será posible su participación en el proyecto de investigación de que se trate. Es decir, no podrán consentir la obtención de muestras biológicas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Por otra parte, a diferencia de la normativa sobre ensayos clínicos, la cual exige que éstos sean de interés específico para la población que se investiga y que la investigación deberá guardar relación directa con alguna enfermedad que padezca el menor o el incapaz, o bien ser de naturaleza tal que solo pueda ser realizada en menores²⁹, la LIB requiere “que de la investigación se puedan obtener conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación objeto de investigación, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla” [art. 58.5.b)]. La diferencia es clara y sustancial. Mientras que Real Decreto 223/2004 requiere que el sujeto de la investigación padezca una cierta enfermedad o desorden, en la LIB esto no es un requisito esencial, basta con que la participación de un sujeto (que puede estar totalmente sano) pueda ser de gran relevancia para la investigación que va a llevarse a cabo³⁰.

Por otro lado, el art. 58.5.d) exige “que se cuente con la autorización por parte de los representantes legales del menor o de la persona incapacitada *o que, en su caso, existan garantías sobre el correcto consentimiento de los sujetos fuente*” (énfasis añadido). Esa referencia al “correcto consentimiento del sujeto fuente” debe ser entendida en el sentido de que cuando un menor de edad o una persona incapacitada demuestren en el caso concreto capacidad su-

²⁷ Cfr. IRISH COUNCIL FOR BIOETHICS, *Recommendations on the collection, use and storage of human biological material in research* (2005), p. 32.

²⁸ Por ejemplo, cuando se trata de una persona en coma o de ancianos considerados no capaces pero no incapacitados legalmente

²⁹ Cfr. arts. 4.a) y 5.a) Real Decreto 223/2004.

³⁰ Esta regulación puede suponer, sin embargo, una limitación importante para obtener muestras biológicas de estos sujetos cuando el fin principal es almacenarlas en ciertos tipos de biobancos.

ficiente para comprender las razones y efectos de la obtención de la muestra, serán ello y no sus representantes legales quienes deberán prestar el consentimiento. En cualquier caso, cuando ello no sea posible, el sujeto deberá participar en la medida de lo posible en la toma de decisión³¹. Además, si bien en un primer momento son los representantes legales de la persona menor de edad o incapacitada los que consienten la obtención de la muestra biológica, éstos podrán tomar una decisión al respecto tan pronto como adquieran una suficiente capacidad de juicio³².

2.4. *Obtención de muestras biológicas de sujetos fallecidos*

Por lo que respecta a la obtención de muestras biológicas de sujetos fallecidos con fines de investigación biomédica, nada dice la LIB al respecto. Sí lo hace, en cambio, la Recomendación del Consejo de Europa 4 (2006), sobre investigación con materiales biológicos de origen humano, según la cual, “1. No deberían extraerse materiales biológicos del cuerpo de un individuo fallecido con fines de investigación sin el pertinente consentimiento o autorización. 2. No deberían extraerse o utilizarse materiales biológicos del cuerpo de un individuo fallecido con fines de investigación si consta la oposición del individuo fallecido” (art. 13).

Aunque esta cuestión no se contiene en la LIB, sin embargo sí que podemos encontrar alguna referencia en otra normativa. Así, el art. 5.2 Ley 30/1979, dice que “la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines (...) científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición”³³. Además, en ningún lugar se encuentra una prohibición expresa de ello.

³¹ Cfr. arts. 154 del Código civil, 9.3 y 9.5 *in fine* LAP, 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

³² Cfr. MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 26.

³³ Aunque esta Ley se refiere a la extracción y trasplante de órganos, se ha venido entendiendo por la doctrina de forma pacífica que lo establecido en la misma es igualmente aplicable a la extracción y trasplante de otros tejidos. O lo que es lo mismo, el término órgano debe entenderse aquí de forma amplia. De hecho, la disposición adicional segunda de esta Ley únicamente excluye de su ámbito de aplicación a la sangre humana y sus derivados, a la vez que establece una previsión particular para la córnea y “otros tejidos”.

Cfr. a este respecto, Carlos María ROMEO CASABONA, “Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos”, en Carlos María Romeo Casabona (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Comares, Granada, 2005, p. 67; Víctor ANGOITIA GOROSTIAGA, “Los tejidos y los bancos de tejidos”, en Carlos María Romeo Casabona (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Comares, Granada, 2005, pp. 251 y s., Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, “De vuelta con las células madre: el marco europeo de la clonación humana y los bancos de cordones umbilicales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 24 (2006), p. 486, nota 13; David LARIOS RISCO,

En cualquier caso, corresponderá al Comité de Ética de la Investigación valorar la necesidad y conveniencia de obtener muestras biológicas de individuos fallecidos, así como los requisitos para su obtención (por ejemplo, exigir el consentimiento de sus familiares). El art. 48.2 LIB puede servir de referencia para establecer las pautas de actuación en estos casos. De este modo: a) se podrán obtener y analizar muestras de personas fallecidas siempre que pueda resultar de interés para la investigación biomédica; b) dicha obtención no se llevará a cabo si el fallecido lo hubiera prohibido expresamente en vida y así se acredita. A tal fin serán consultados los documentos de instrucciones previas y, en su defecto, el criterio de los familiares más próximos del fallecido; c) existe valoración positiva de la obtención por parte del Comité de Ética de la investigación correspondiente; d) ha sido autorizado por los familiares más próximos del fallecido³⁴; y e) las muestras se utilizarán de forma anonimizada, pues la presunción de donación para investigación

“Donación y uso privativo de la sangre del cordón umbilical: aspectos jurídicos”, *Derecho y Salud*, nº 2 (2007), p. 187.

Además, el Real Decreto 1301/2006 expresamente reconoce en su exposición de motivos que para su elaboración se ha tenido en cuenta la Ley 30/1979, y así lo entiende también la LIB cuando en su art. 1.4 dispone que quedan excluidas de su ámbito de aplicación las implantaciones de órganos, tejidos y células de cualquier origen que se regirán por lo establecido en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; y en la Disposición adicional primera, según la cual “la utilización con fines terapéuticos de cualquier material biológico de origen humano a los que hace referencia esta Ley, se regirá, según corresponda por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos”.

³⁴ Aunque el marco normativo de referencia se contenga, como hemos dicho, en la Ley 30/1979, y ésta claramente ha optado por un modelo de consentimiento presunto, de tal manera que se entiende que el sujeto fallecido consiente la donación salvo que haya manifestado lo contrario, lo cierto es que en la práctica se procede a solicitar el consentimiento expreso y escrito de la familia del donante. *Vid.* más ampliamente al respecto, Asier URRUELA MORA, “Trasplante de órganos y tejidos: aspectos jurídicos y sociológicos ligados al consentimiento familiar”, en Carlos María Romeo Casabona (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Comares, Granada, 2005, pp. 335 y ss. Cfr. igualmente, EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *Opinion on ethical aspects of human tissue banking*, 1998, apartado 2.3.2; COMITÉ DE ÉTICA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE ENFERMEDADES RARAS, “Recomendaciones sobre los aspectos éticos de las colecciones de muestras y bancos de materiales humanos con fines de investigación biomédica”, *Revista Española de Salud Pública*, nº 2 (2007), p. 107.

Además, según el MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 25, en aquellos casos en los que haya constancia acreditada de la voluntad del fallecido de ceder su material biológico con fines de investigación biomédica, sería oportuno informar de ello a la familia. Es más, también se dice que si ésta muestra serias objeciones a la toma de las muestras, esta postura debería ser respetada, a pesar de los deseos del fallecido.

Por otro lado, en alguna ocasión, podría no ser posible localizar a algún familiar del fallecido. En tal caso, este mismo organismo recomienda no tomar las muestras.

contenida en el mencionado art. 5.2 Ley 30/1979 únicamente se refiere a la utilización de las muestras, pero no abarca a los datos³⁵.

En relación con lo anterior, también hay que tener en cuenta que en cierto tipo de muertes, si ha intervenido una autoridad judicial y se está procediendo a la práctica de una autopsia forense³⁶, puede ser necesaria a la autorización del juez para poder obtener o utilizar el material biológico en cuestión³⁷.

2.5. *Obtención de muestras biológicas de embriones y fetos humanos*

El Capítulo I del Título III de la LIB (arts. 28 y 29) se ocupa de la donación de embriones y fetos humanos y de sus estructuras biológicas. Según dispone el primero de ellos, podrán ser donados con fines de investigación biomédica u otros fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, los embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico, así como los embriones o fetos humanos muertos. En tales casos, se deberán cumplir los siguientes requisitos (art. 29 LIB):

- a) Que el donante o donantes de los embriones o los fetos hayan otorgado previamente su consentimiento de forma expresa y por escrito. Si alguno de aquéllos fuera menor no emancipado o estuviera incapacitado, será necesario además el consentimiento de sus representantes legales.
- b) Que el donante o los donantes o, en su caso, sus representantes legales, hayan sido informados por escrito, previamente a que otorguen su consentimiento, de los fines a que puede servir la donación, de las consecuencias de la misma, así como de las intervenciones que se van a realizar para extraer células o estructuras embriológicas o fetales, de la placenta o las envolturas, y de los riesgos que pueden derivarse de dichas intervenciones.
- c) Que se haya producido la expulsión, espontánea o inducida, en la mujer gestante de dichos embriones o fetos, y no haya sido posible mantener la autonomía vital de los mismos
- d) Que la donación y utilización posterior nunca tenga carácter lucrativo o comercial.

En el caso de que hubieren fallecido las personas de las que provienen los embriones o los fetos, será necesario que no conste su oposición expresa.

³⁵ GRUPO PARA EL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, *Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, Instituto Roche, Madrid, 2006, pp. 40 y 87.

³⁶ Las autopsias forenses (reguladas en los arts. 343 y 353 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) se requieren en casos de muerte violenta o no natural, repentina e inexplicada. La autopsia se dirige a investigar las causas de la muerte. En algunos casos, es necesario retener órganos completos o grandes porciones de tejidos para realizar un examen detallado.

³⁷ Cfr. arts. 5.3 Ley 30/1979 y 10.5 RD 2070/1999.

Si el fallecido fuera menor de edad o una persona incapacitada, la donación tendrá lugar a no ser que conste la oposición expresa de quienes ejercieran, en vida de aquéllos, su representación legal.

3. Utilización de las muestras biológicas

3.1. *Empleo para los fines consentidos por el sujeto fuente o su representante legal. Consentimiento para el uso de las muestras biológicas con fines de investigación biomédica*

En este apartado se analiza tanto el consentimiento que debe prestar el sujeto fuente cuando la muestra se ha obtenido con un objetivo directo o principal de investigación, como cuando dicha utilización es secundaria. Es posible que una vez que la muestra ha sido empleada con fines preferentes de diagnóstico o terapéuticos, aún quede material sobrante. Muchas veces ese material será destruido o almacenado si una correcta asistencia sanitaria del paciente así lo requiere. Pero también puede existir interés en emplearlo con otros fines. En tal caso, además del consentimiento para el diagnóstico o tratamiento, habrá que consentir también el subsiguiente uso o almacenamiento para fines diversos.

El art. 4.1.I LIB establece que “respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada”. De igual manera, en el art. 45 LIB se dice que, “además de las garantías establecidas en el Título I de esta Ley, se aplicarán, los siguientes principios: (...) d) Consentimiento: Deberá obtenerse previamente el consentimiento escrito del sujeto fuente o en su caso de sus representantes legales para el tratamiento de muestras con fines de investigación (...)”. Y el art. 60.1 LIB señala que “el consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica se otorgará, bien en el acto de obtención de la muestra, bien con posterioridad, de forma específica para una investigación concreta”. El consentimiento se otorgará en el acto de obtención de la muestra cuando ésta se obtenga bien con fines de investigación, bien con otros fines pero con la intención de destinar los materiales biológicos sobrantes a la misma. Por su parte, el consentimiento se otorgará con posterioridad, para una investigación concreta, cuando no habiéndose previsto su posible uso en el momento de la obtención con otros fines, ahora desea utilizarse en un proyecto de investigación determinado.

3.1.1. Muestras biológicas recogidas para un proyecto de investigación específico

Cuando la muestra se obtenga directamente con fines de investigación científica, la información se dará y el consentimiento se otorgará antes de obtener la

muestra³⁸. Tanto la información como el consentimiento deberán constar por escrito³⁹. No obstante, “si el sujeto de la investigación no pudiera escribir, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad” (art. 4.1.IV LIB)⁴⁰. Del mismo modo, si el sujeto en cuestión no sabe o no puede leer (por ejemplo, es analfabeto o ciego), o tiene problemas para entender la información escrita, la información debería proporcionarse por medios adecuados a su condición (audio, video, braille, etc.)⁴¹. Por supuesto, el consentimiento escrito no sustituye una explicación verbal más detallada de los procedimientos a los participantes en la investigación⁴².

En la actualidad, no cabe duda alguna de que la transmisión de una información adecuada a los sujetos participantes en una investigación biomédica es un requisito esencial para la validez del consentimiento. El objetivo de la información es que los donantes otorguen el consentimiento siendo conscientes de su importancia e implicaciones. Pero ello no se conseguirá si la información es excesiva y demasiado técnica y compleja (lo cual puede producirse cuando ésta va más dirigida a servir de protección al investigador que a facilitar el entendimiento de los sujetos fuente)⁴³. El alcance de la infor-

³⁸ No obstante, hay que recordar que este consentimiento es independiente del consentimiento que debe prestarse para el hecho mismo de la extracción, que requerirá de otro tipo de información adicional (por ejemplo, sobre los efectos sobre su salud, o periodos de convalecencia).

³⁹ Vid. arts. 4.1.I, 45. d), 58.1 y 59 LIB.

⁴⁰ Cfr. IRISH COUNCIL FOR BIOETHICS, *Recommendations on the collection, use and storage of human biological material in research* (2005), p. 40.

⁴¹ Cfr. MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 16.

⁴² MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 15.

⁴³ GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *Biobanks for Research*, 2004, p. 57. En relación con esta cuestión, algunos estudios recientes constatan que la gente no se toma muy en serio la información que recibe. Incluso aunque tengan algunas dudas sobre la investigación en cuestión, los donantes raramente prestan atención a la hoja de información antes de tomar la decisión de ceder o no la muestra biológica.

A este respecto, Michael BARR, “I’m not Really read up on Genetics’: Biobanks and the Social Context of Informed Consent”, *BioSocieties*, n° 1 (2006), pp. 258 y ss., afirma que «un gran número de participantes en una investigación prestan de hecho muy poca atención a los detalles del estudio y aparentemente no les importa en absoluto esa falta de conocimiento. (...) La cuestión es que la gente decide, según parece, atendiendo a sus vivencias personales, necesidades y experiencia. En otras palabras, no parece que la gente toma decisiones debido a detalles tales como los medios utilizados para mantener la información confidencial, los costes del estudio, los colaboradores internacionales del proyecto, o a qué temperatura se mantendrá conservada la placenta». En otro estudio, Klaus HOEYER/Niels LYNÖE, “Motivating donors to genetic research? Anthropological reasons to rethink the role of informed consent”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, n° 9 (2006), pp. 16 y ss., sostienen que ni aquellos que han rechazado la donación de las muestras, ni aquellos que han accedido a ella, dieron una razón vinculada a la hoja de información que hubiera influenciado su decisión. Preguntados entonces sobre la razón por la que habían accedido a ceder las mues-

mación está regulado en el art. 59 LIB. Según este precepto, antes de emitir el consentimiento para la utilización de una muestra biológica con fines de investigación biomédica que no vaya a ser sometida a un proceso de anonimización, el sujeto fuente recibirá la siguiente información:

- a) Finalidad de la investigación o línea de investigación para la cual consiente;
- b) Beneficios esperados. A este respecto, debe informarse de los beneficios esperados tanto para el sujeto fuente como para la sociedad⁴⁴. Además de ello debe informarse de los posibles beneficios económicos para el investigador que se pueden derivar de la investigación o que esperan conseguirse con la misma⁴⁵. Así pues, los investigadores de-

tras biológicas para investigación, la mayoría de los donantes hablaron en términos muy generales sobre los beneficios para la sociedad y la ciencia, mostrando su confianza en el correcto uso de las mismas por los investigadores.

Este estudio también concluyó que los donantes no prestan atención a la hoja de información porque ésta no se ocupa de las cuestiones que realmente les interesan. Se trata, sin embargo, de cuestiones que difícilmente pueden ser objeto de información. Así, los intereses de los donantes están más vinculados a los problemas sociales y a los usos de la ciencia, tales como si todos los grupos poblacionales van a poder acceder a los resultados de las investigaciones, si éstos serán de utilidad para el conjunto de la población, que los resultados de la investigación no estarán mediatizados por intereses empresariales, así como cuestiones relativas a las aplicaciones eugenésicas del conocimiento científico.

En relación con lo anterior, conviene hacer énfasis, especialmente a raíz de estos estudios, en que el derecho de autodeterminación se respeta cuando el sujeto toma la decisión contando con los medios y la información necesaria para que dicho consentimiento pueda ser considerado plenamente informado. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, debe ser irrelevante a este respecto que el sujeto esté *de facto* realmente informado. Nadie puede acreditar realmente cuál es el conocimiento efectivo que una persona tiene sobre el acto que está consintiendo y sobre el cual ha sido adecuadamente informado. Como dice Michael BARR, “I’m not Really read up on Genetics’: Biobanks and the Social Context of Informed Consent”, *BioSocieties*, nº 1 (2006), p. 258, los donantes son capaces de tomar decisiones sin querer o necesitar comprender todos los detalles de un estudio. «Todos nosotros, en uno u otro momento, tomamos decisiones y firmamos formularios sin leer la letra pequeña o ser absolutamente conscientes de aquello a lo que estamos accediendo. (...) Todos nosotros, en uno u otro momento, tomamos decisiones y firmamos formularios *sin querer* conocer la letra pequeña o ser absolutamente conscientes de aquello a lo que estamos accediendo. Es una elección legítima para un participante en una investigación *no querer* ser informado» (la cursiva aparece en el original).

⁴⁴ COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA, *Problemas éticos en el almacenamiento y la utilización de muestras biológicas*, Barcelona, 2004, pp. 94 y s.

⁴⁵ COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA, *Problemas éticos en el almacenamiento y la utilización de muestras biológicas*, Barcelona, 2004, pp. 94 y s. La propia LIB, cuando trata el tema de la información que debe transmitirse a los sujetos participantes en investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos (Título II), exige informar de “cualquier futuro uso potencial, incluyendo los comerciales, de los resultados de la investigación” [art. 15.2.h)].

En este mismo sentido, Margaret OTLOWSKI, “Ethical Considerations in Genetic Research Involving Commercial Use of Human Tissue”, en AA.VV., *Regulating Human Genetics*, Centre for Law and Genetics, Hobart, 2001, pp. 39 y s.; Amelia MARTÍN ÚRANGA/M^a Concepción MARTÍN-ARRIBAS/Jeanne-Hélène DI DONATO/Manuel POSADA DE LA PAZ, *Las cuestiones ético-*

- berían discutir con los participantes en la investigación los usos potencialmente comerciales de su material biológico u obtenidos de la investigación en las que dicho material ha sido empleado. La revelación de las potenciales aplicaciones comerciales está además indicada por las consecuencias prácticas de la investigación, ya que la gente podría desconfiar de los médicos e investigadores, al sentir que han sido engañados y tratados injustamente⁴⁶;
- c) Posibles inconvenientes vinculados con la donación y obtención de la muestra, incluida la posibilidad de ser contactado con posterioridad con el fin de recabar nuevos datos u obtener otras muestras⁴⁷;
 - d) Identidad del responsable de la investigación. También se incluirá la oportuna información de contacto para poder resolver cualquier duda que se plantee⁴⁸;
 - e) Derecho de revocación del consentimiento y los efectos de la misma, incluida la posibilidad de la destrucción o de la anonimización de la muestra. Tales efectos no se extenderán a los datos resultantes de las investigaciones que ya se hayan llevado a cabo;
 - f) Lugar de realización del análisis y destino de la muestra al término de la investigación: disociación, destrucción, u otras investigaciones, y que en su caso, comportará a su vez el cumplimiento de los requerimientos previstos en esta ley. En el caso de que estos extremos no se co-

jurídicas más relevantes en relación con los biobancos, Instituto de Salud Carlos III-Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2005, p. 63, para quienes “respetar el consentimiento libre e informado del sujeto fuente implica dar una información precisa, especialmente acerca de la eventualidad de una solicitud de patente. Esto significa que el sujeto debe conocer la posibilidad de que a partir de la parte del cuerpo que dona, aunque sea información genética, cabe la posibilidad de desarrollar una patente si se llegara a desarrollar una invención que cumpliera todos los requisitos de patentabilidad (...)”. También Carlos María ROMEO CASABONA, “Utilización de muestras biológicas y bancos para la investigación biomédica”, *IV Congreso Mundial de Bioética. Ponencias y comunicaciones*, Sociedad Internacional de Bioética, Gijón, 2005, p. 89, pide que se informe de «que los resultados de la investigación con muestras biológicas del sujeto podrán dar lugar a algún producto –o procedimiento– patentable».

⁴⁶ IRISH COUNCIL FOR BIOETHICS, *Recommendations on the collection, use and storage of human biological material in research* (2005), Recomendación 13; Dianne NICOL, “Public Trust, Intellectual Property and Human Genetic Databases: The Need to Take Benedit Sharing Seriously”, *Journal of International Biotechnology Law*, n° 3 (2006), p. 93; Margaret OTLOWSKI, “Donor Perspectives on Issues Associated with Donation of Genetic samples and Information: An Australian Viewpoint”, *Bioethical Inquiry*, n° 4 (2007), pp. 136 y s.

⁴⁷ Cualquier contacto con los donantes para fines no especificados en este acto de consentimiento, debe entenderse como no incluido en el mismo y exigiría aprobación por parte de un Comité de Ética de la Investigación. Cfr. MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 14.

⁴⁸ COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA, *Problemas éticos en el almacenamiento y la utilización de muestras biológicas*, Barcelona, 2004, pp. 94 y s. Además, si se adopta la decisión de trasladar las muestras o el proyecto a una nueva localización, habrá que informar de ello a los participantes, para que puedan ejercer oportunamente sus derechos.

nozcan en el momento, se establecerá el compromiso de informar sobre ello en cuanto se tenga conocimiento. La LIB opta así por un consentimiento en dos partes (“*two-part consent*”)⁴⁹, de tal modo que el donante es requerido para consentir el proyecto de investigación específico ya previsto, y además debe consentir el uso posterior del material biológico cuando dicho proyecto haya concluido. Por supuesto, el sujeto fuente debe poder negarse a destinar sus muestras biológicas para usos diferentes del proyecto de investigación específico que está consintiendo⁵⁰;

- g) Derecho a conocer los datos genéticos que se obtengan a partir del análisis de las muestras donadas;
- h) Garantía de confidencialidad de la información obtenida, indicando la identidad de las personas que tendrán acceso a los datos de carácter personal del sujeto fuente. Dado la enorme sensibilidad de la información relativa a la salud, es imprescindible que los investigadores tengan claro desde el comienzo de la investigación el uso que van a dar a los datos obtenidos. Ello incluye la manera en la que la información resultante del estudio será puesta en conocimiento de los participantes⁵¹, lo cual será igualmente objeto de valoración por el Comité de Ética de la Investigación y comunicado a los participantes junto con el resto de información. Esto es, antes de que se recojan las muestras, tienen que haberse diseñado los mecanismos para asegurar la confidencialidad de la información que se obtenga y la conservación a largo plazo del material biológico;
- i) Advertencia sobre la posibilidad de que se obtenga información relativa a su salud derivada de los análisis genéticos que se realicen sobre su muestra biológica, así como sobre su facultad de tomar una posición en relación con su comunicación⁵². Esta es una cuestión muy impor-

⁴⁹ Tal y como recomienda el MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 15.

⁵⁰ MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 16.

⁵¹ IRISH COUNCIL FOR BIOETHICS, *Recommendations on the collection, use and storage of human biological material in research* (2005), Recommendation 20.

⁵² Según Garrath WILLIAMS/Doris SCHROEDER, “Human Genetic banking: altruism, benefit and consent”, *New Genetics and Society*, nº 1 (2004), p. 93, recontactar con el sujeto fuente para informarle de los resultados de un análisis llevado a cabo sobre la muestra biológica que cedió corre el peligro de convertir un proyecto de investigación en un cribado genético, lo cual requiere de una cantidad de trabajo y dinero probablemente inasumible. Sin embargo, para Henry T. GREELY, “The Uneasy Ethical and Legal Underpinning of Large-Scale Genomic Biobanks”, *Annual Review of Genomics and Human Genetics*, nº 8 (2007), pp. 359 y s., la comunicación al sujeto fuente de estos descubrimientos que pueden afectar a su salud (o a la de su descendencia) debe ser la regla general, pues ello forma parte del deber de socorro. Sobre este particular, *vid.* asimismo, Ellen WRIGHT CLAYTON, “Informed Consent and Biobanks”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, nº 1 (2005), p. 20; Mark A. ROTHSTEIN, “Expanding the Ethical Analysis of Biobanks”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, nº 1 (2005), pp. 95 y s.; Don CHALMERS, “Ethical Principles for Research Governance of Biobanks”, *Journal of International Biotechnology Law*, nº 3 (2006), p. 228.

tante, que debe estar prevista en el proyecto de investigación y a la que el Comité de Ética de la Investigación debe prestar una especial atención⁵³. Cuando un participante desee recibir los resultados del análisis (“*feedback*”), deberá ser requerido para que informe de la manera de ponerse en contacto él, así como que mantenga a los investigadores informados sobre sus cambios de residencia. En tal caso, también habrá de ser advertido de la implicación de la información que se pudiera obtener para sus familiares y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquellos;

En cualquier caso, el contenido de la información prevista en el mencionado art. 59 LIB, no puede entenderse como *numerus clausus*. Así, además de los anteriores, debe informarse también al sujeto fuente de las siguientes cuestiones: a) del carácter gratuito de la cesión (sin perjuicio de una posible compensación que pueda estimarse adecuada)⁵⁴; b) de la inexistencia de derechos económicos para el mismo en el caso de que éstos se produzcan como resultado de la investigación (por ejemplo, derivados de una patente o de la comercialización del producto resultante)⁵⁵; c) de la fuente de financiación del proyecto de investigación⁵⁶; d) de que él o su familia podrán hacer uso de las

⁵³ Por ejemplo, deben preverse cuestiones tales como la persona que debe ponerse en contacto con el donante (el investigador principal, su médico, etc.), o el hecho que los resultados de un análisis pueden no resultar del todo fiables, puesto que los estándares de calidad empleados en la investigación biomédica pueden ser distintos de aquéllos utilizados para el diagnóstico clínico. Por ello, debería requerirse la comprobación del resultado por un segundo laboratorio antes de contactar con el donante.

Vid. MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, pp. 18 y ss.; GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *Biobanks for Research*, 2004, pp. 59 y s.

⁵⁴ Cfr. arts. 7.I y 58.3 LIB. Vid. Amelía MARTÍN URANGA/M^a Concepción MARTÍN-ARRIBAS/Jeanne-Hélène DI DONATO/Manuel POSADA DE LA PAZ, *Las cuestiones ético-jurídicas más relevantes en relación con los biobancos*, Instituto de Salud Carlos III-Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2005, pp. 55 y ss.; M. DESCHÊNES/G. CARDINAL/B.M. KNOPERS/K.C. GLASS, “Human genetic research, DNA banking and consent: a question of ‘form’?”, *Clinical Genetics*, n^o 59 (2001), p. 230.

⁵⁵ Cfr. art. 7.II LIB. En el mismo sentido, MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 12; Carlos María ROMEO CASABONA, “Utilización de muestras biológicas y bancos para la investigación biomédica”, *IV Congreso Mundial de Bioética. Ponencias y comunicaciones*, Sociedad Internacional de Bioética, Gijón, 2005, p. 89; GRUPO PARA EL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, *Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, Instituto Roche, Madrid, 2006, p. 98; COMITÉ DE ÉTICA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE ENFERMEDADES RARAS, “Recomendaciones sobre los aspectos éticos de las colecciones de muestras y bancos de materiales humanos con fines de investigación biomédica”, *Revista Española de Salud Pública*, n^o 2 (2007), pp. 104 y 108 y s.

⁵⁶ Cfr. art. 15.2.i) LIB. Vid. también, M. DESCHÊNES/G. CARDINAL/B.M. KNOPERS/K.C. GLASS, “Human genetic research, DNA banking and consent: a question of ‘form’?”, *Clinical Genetics*, n^o 59 (2001), p. 229.

muestras en caso necesario por razones de salud (art. 58.4 LIB); e) en el caso de que la muestra sea conservada, de las condiciones de conservación, objetivos, usos futuros, cesión a terceros y condiciones para poder retirarlas o pedir su destrucción (art. 61.1 LIB).

Cuando se trate de muestras biológicas que vayan a ser sometidas a un proceso de anonimización⁵⁷, el apartado segundo de este mismo art. 59 prevé que el sujeto fuente recibirá, en tal caso, únicamente la información contenida en la letras a), b), c) y d) anteriormente referidas. Además, el sujeto fuente deberá ser informado de que no será posible revocar dicho consentimiento puesto que ya no va a ser posible relación la muestra con su identidad⁵⁸.

Por otro lado, el valor de la muestra puede incrementarse permitiendo a otros investigadores tener acceso a la misma. La LIB prevé esta posibilidad cuando establece que “el consentimiento específico podrá prever el empleo de la muestra para otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta, incluidas las realizadas por terceros. Si no fuera éste el caso, se solicitará al sujeto fuente que otorgue, si lo estima procedente, un nuevo consentimiento” (art. 60.2 LIB)⁵⁹. Nos encontramos, pues, ante la posibilidad de otorgar un consentimiento que podemos denominar específico ampliado⁶⁰. Por supuesto, tales cesiones a terceros deben ser excepcionales y deben quedar plenamente documentadas, de tal forma que el sujeto fuente

⁵⁷ De hecho, la utilización de muestras anonimizadas debería ser la regla general, y utilizar muestras relativas a un sujeto identificado o identificable únicamente cuando ello sea imprescindible dada la naturaleza de la investigación que desea llevarse cabo. Así lo recoge claramente la Recomendación del Consejo de Europa nº 4 (2006), *on biological materials of human origin*. Por ejemplo, en su art. 8 establece que las muestras biológicas y sus datos asociados deberían ser anonimizados en la medida en ello sea apropiado para la investigación en cuestión. Y a continuación añade que cualquier uso de muestras biológicas identificadas o identificables debería estar justificado por el investigador.

⁵⁸ Lo cierto es que, tal y como señala Henry T. GREELY, “The Uneasy Ethical and Legal Underpinning of Large-Scale Genomic Biobanks”, *Annual Review of Genomics and Human Genetics*, nº 8 (2007), p. 352, en algunos casos, especialmente cuando se trate de incluir las muestras biológicas y la información asociada a las mismas en grandes biobancos poblacionales, es posible que la anonimización de las muestras no sea ya una opción disponible, debido a la posibilidad de llegar a conocer la identidad del sujeto fuente por medio de la información sobre su persona que consta en la base de datos. En tales casos, dice este autor, los formularios de consentimiento deben ser honestos y decir algo del siguiente tenor: «haremos lo máximo posible por mantener su identidad en secreto, pero no podemos garantizarlo totalmente. Si alguien realmente quisiera conocer la identidad de un sujeto en esta base de datos, podría hacerlo».

⁵⁹ Cfr. M. DESCHÈNES/G. CARDINAL/B.M. KNOPERS/K.C. GLASS, “Human genetic research, DNA banking and consent: a question of ‘form’?”, *Clinical Genetics*, nº 59 (2001), p. 225.

⁶⁰ Frente a un consentimiento específico restringido, que limitaría la utilización de la muestra biológica única y exclusivamente a aquellas investigaciones concretas para las cuales éste ha sido prestado.

pueda seguir en todo momento el rastro de su muestra y la información obtenida de la misma⁶¹.

La información deberá transmitirse a la persona que vaya a prestar el consentimiento. Como dijimos más arriba, corresponde al investigador valorar la capacidad real del participante en la investigación. Para ello serán de aplicación las reglas generales contenidas en la Ley 41/2002⁶², en concordancia con lo dispuesto en la LIB. De esta forma, la capacidad se presumirá en sujetos mayores de dieciséis años no incapacitados, si bien es posible que en ciertas circunstancias un sujeto mayor de esa edad no incapacitado no sea capaz de prestar un consentimiento válido (por ejemplo, porque está inconsciente o porque sufre un trastorno mental incapacitante).

Desde un punto de vista teórico, podría plantearse la posibilidad de que un determinado sujeto fuera capaz para consentir la obtención de la muestra, pero no para decidir sobre su destino. Por ejemplo, su capacidad de entendimiento le permite comprender los efectos de la intervención corporal dirigida a obtención del material biológico, pero no las explicaciones sobre el proyecto de investigación, y sus consecuencias para su persona. Ante esta situación, habría que preguntarse si el consentimiento para la extracción de la muestra debería prestarlo el sujeto fuente, mientras que la prestación del consentimiento para su uso correspondería al representante legal. Esta conclusión no parece admisible, pues resulta muy poco funcional en la práctica y claramente distorsionadora. Lo más correcto en estos casos será solicitar el consentimiento del representante legal del sujeto fuente, tanto en relación con la obtención como respecto al destino posterior de la muestra biológica, sin perjuicio de que éste sea también informado y se le haga partícipe del proceso deliberativo y de toma de la decisión. Esta solución parece la más adecuada, especialmente si tenemos en cuenta, tal y como expusimos más arriba, que la capacidad para consentir la extracción de la muestra está estrechamente ligada al uso posterior de la misma.

Cuando el menor de edad que fue considerado incapaz adquiriera una suficiente capacidad de juicio, podrá manifestar su voluntad sobre dicha muestra (si aún está siendo utilizada). Igualmente, tratándose de personas adultas incapacitadas (p. ej., aquellos que sufren una enfermedad mental), hay que tener en cuenta que la falta de capacidad puede ser temporal o recurrente (con

⁶¹ En ocasiones, el investigador subcontrata un determinado análisis de la muestra a un laboratorio externo. Esta entrega de la muestra no se considera cesión a terceros a los efectos de la LIB. Cfr. GRUPO PARA EL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, *Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, Instituto Roche, Madrid, 2006, p. 139.

⁶² *Vid.* al respecto, Carlos M. ROMEO CASABONA/Aitziber EMALDI CIRIÓN/ Leire ESCAJEDO SAN EPIFANIO/Pilar NICOLÁS JIMÉNEZ/Sergio ROMEO MALANDA/Asier URRUELA MORA, *La Ética y el Derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 27 y ss.

periodos de lucidez), y el grado de capacidad del sujeto puede variar, de tal modo que pueda esperarse a que el sujeto recobre la capacidad, siquiera temporal. Si no es así, una vez éste se encuentre en un periodo de lucidez habrá de ser informado y deberá consentir por sí mismo la participación en dicha investigación o su eventual rechazo. También deberá respetarse la voluntad emitida por el sujeto durante momentos anteriores a la incapacidad sobre deseos acerca de la participación en la investigación.

3.1.2. Muestras biológicas recogidas con una finalidad distinta a la investigación que también desean emplearse con fines de investigación

Cuando las muestras biológicas se obtienen con una finalidad distinta a la investigación (por ejemplo, para un diagnóstico o en el curso de una intervención médica)⁶³, es posible que éstas puedan resultar de interés para la ciencia y que se requiera su cesión para ser empleadas en un proyecto de investigación, o para ser almacenadas en un biobanco con esta misma finalidad. En tales casos, puede suceder que este deseo de destinar la muestra biológica a un fin secundario de investigación sea conocido ya en el momento de la obtención, o que sobrevenga al mismo.

A este respecto, el art. 58.2 LIB establece que “el consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica muestras biológicas que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta, se proceda o no a su anonimización”⁶⁴. Por su parte, el art. 60.1 LIB dispone que “el consentimiento se otorgará, bien en el acto de obtención de la muestra, bien con posterioridad, de forma específica para una investigación concreta”. Ello dependerá de que la finalidad secundaria de investigación se conozca ya en el momento de la obtención o no.

3.1.2.1. LA FINALIDAD SECUNDARIA DE INVESTIGACIÓN ES CONOCIDA EN EL MOMENTO DE LA OBTENCIÓN

Cuando en el momento de la obtención de la muestra biológica se ha previsto ya su uso con fines secundarios de investigación, en ese mismo instante se pedirá al sujeto fuente su consentimiento para dicho fin, en los mismos términos y con similares requisitos que los vistos más arriba al referirnos a la uti-

⁶³ V. Sergio ROMEO MALANDA, “La utilización de materiales biológicos humanos con fines diagnósticos y terapéuticos”, *Estudios de Deusto*, Vol. 56, nº 1 (2008), pp. 161-213.

⁶⁴ En este mismo sentido se pronuncian la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria, cuyo art. 39.3 establece que “el paciente tendrá derecho a estar informado sobre la conservación de tejidos y muestras biológicas provenientes de una biopsia, extracción o donación debiendo obtenerse autorización para usos diferentes a su propio tratamiento”; así como la Ley riojana 2/2002, de 17 de abril, de Salud: “El paciente tendrá derecho a estar informado sobre la conservación de tejidos o muestras biológicas provenientes de una biopsia, extracción o donación debiendo obtenerse autorización para su uso” [art. 9.2.a)].

lización de la muestra biológica obtenida con fines directos de investigación. No obstante, cabe hacer aquí alguna consideración adicional.

Cuando el sujeto fuente está incurso en un procedimiento médico, en el que se han obtenido muestras biológicas (con fines diagnósticos o terapéuticos), las cuales desean emplearse también para investigación, hay que tener en cuenta que el nivel de estrés de estos sujetos puede ser mayor al normal en tales circunstancias y por ello, puede ser más difícil tomar decisiones complejas relativas a cuestiones que no tienen que ver directamente con su atención médica⁶⁵. Puesto que el presupuesto básico para un consentimiento válido es la capacidad del paciente de entender lo que se le está proponiendo, es obligatorio que los investigadores distingan claramente entre tratamiento médico e investigación biomédica. Es decir, al paciente hay que dejarle claro que permitir la investigación con su muestra biológica no tiene nada que ver con un uso clínico de la misma.

Además, debe valorarse también el posible riesgo de coerción cuando el médico que está tratando al paciente es a la vez investigador y pretende que su paciente ceda la muestra biológica para un proyecto en el que él participa. Hay una diferencia importante entre el caso del sujeto que decide ceder sus muestras para la investigación al margen de una relación médico-paciente y el de la persona que está bajo la atención médica de un facultativo que le pide la cesión de sus muestras. En este contexto, algún paciente podría ver peligrar la atención sanitaria si no consiente el uso de las muestras biológicas en investigación. Por ello, es recomendable que en estos casos el consentimiento para la obtención de la muestra y su uso diagnóstico, y el consentimiento para su posible destino a la investigación se recaben en dos procesos diferentes y en documentos distintos⁶⁶. Una forma de consentimiento separada supone, efectivamente, un mayor tiempo para el hospital o centro sanitario y para su personal. Sin embargo, es esencial ase-

⁶⁵ Cfr. Garrath WILLIAMS/Doris SCHROEDER, "Human Genetic banking: altruism, benefit and consent", *New Genetics and Society*, n° 1 (2004), p. 92; W. LIPWORTH/R. ANKENY/I. KERRIDGE, "Consent in crisis: the need to reconceptualize consent to tissue banking research", *Internal Medicine Journal*, n° 36 (2006), p. 126; Michael BARR, "I'm not Really read up on Genetics": Biobanks and the Social Context of Informed Consent", *BioSocieties*, n° 1 (2006), p. 256. Por esta razón, en ciertos casos podría no resultar apropiado pedir el consentimiento en tales circunstancias. Por otro lado, algunos centros de investigación han optado por aplicar un procedimiento de obtención del consentimiento en dos etapas ("two stage consent process"). Así, se obtiene un primer consentimiento en el momento de obtención de la muestra referente a su uso secundario con fines de investigación. Pero para asegurarse de que dicho consentimiento ha sido realmente válido, transcurrido un cierto tiempo se vuelve a contactar con el sujeto fuente (o su representante legal) para informarle del uso que se está dando a la muestra, de tal forma que éste tiene una nueva oportunidad para manifestar su voluntad al respecto. Vid. AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *Essentially Yours: The Protection of Human Genetic Information in Australia*, Vol. I, 2003, pp. 483 y 517.

⁶⁶ Cfr. MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 10; IRISH COUNCIL FOR BIOETHICS, *Recommendations on the collection, use and storage of human biological material in research* (2005), Recomendación 3.

gurarse de la validez del consentimiento y la capacidad y libertad del sujeto en el momento de prestarlos, así como garantizar los derechos del mismo.

Además, en el momento de prestar el consentimiento, el sujeto fuente debe tener muy claro que su negativa no afectara en modo alguno a la calidad del tratamiento médico que está recibiendo. A este respecto, el art. 6 LIB señala que no “(...) podrá discriminarse a una persona a causa de su negativa (...) a donar materiales biológicos, en particular en relación con la prestación médico-asistencial que le corresponda”. Del mismo modo, es importante informar a los pacientes del destino del material biológico excedente si no dan su consentimiento para su uso con fines de investigación⁶⁷.

Por otro lado, la utilización de parte del material biológico con fines de investigación biomédica «no puede interferir ni con el diagnóstico histopatológico, citomorfológico, fenotípico o molecular del caso, ni con el uso para otro tipo de fines primordiales para el paciente, como la evaluación de los parámetros pronósticos; en otras palabras, sólo se podrá utilizar para el archivo el material excedente del utilizado para los fines anteriormente citados»⁶⁸.

Por último, y en cierta manera vinculado a lo anterior, resulta necesario señalar que en este tipo de actuaciones deberá respetarse el *principio de necesidad y suficiencia de la muestra*. Es decir, el profesional sanitario que tome la muestra biológica tiene el deber de obtener únicamente la cantidad estrictamente necesaria para el fin principal propuesto. No debe haber una intención de obtener material excesivo, mayor al requerido para el fin principal (diagnóstico o terapéutico), para poder plantear posteriormente al sujeto fuente su cesión con otros fines. Si el profesional desea un uso ulterior, y para ello requiere más muestras de las necesarias para el fin principal, deberá informar de ello al paciente para que este pueda dar su consentimiento. Cuando el sujeto fuente autoriza la toma de una muestra, debe entenderse que autoriza la obtención del material biológico absolutamente imprescindible para el fin requerido⁶⁹. Lo ideal es que se informe previamente al sujeto la cantidad de ma-

⁶⁷ MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 10. Según el art. 9.2.b) de la Ley riojana 2/2002, de 17 de abril, de Salud, “cuando el paciente no autorice el uso de tejidos o muestras biológicas provenientes de una biopsia o extracción se debe proceder a su eliminación como residuo sanitario, eliminación que se efectuará de acuerdo a la normativa vigente”.

⁶⁸ GRUPO PARA EL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, *Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, Instituto Roche, Madrid, 2006, p. 25.

⁶⁹ NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS. *Human tissue. Ethical and Legal issues* (London, 1995), p. 24. Cuando se requiera tomar muestras adicionales, corresponderá al Comité de Ética de la Investigación correspondiente valorar los riesgos que supone la obtención de tales muestras, así como su justificación. Igualmente, debe asegurar que la información que recibe el paciente incluye la explicación de dicha toma adicional de muestras. Cfr. GRUPO PARA EL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, *Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, Instituto Roche, Madrid, 2006, p. 40.

terial biológico que se van a obtener y que se justifique la misma, sin perjuicio de que, por motivos terapéuticos, pueda ser necesario extraer más material del previamente previsto. Pero tal eventualidad debería ser también adelantada al paciente. Además, hay que garantizar que el tratamiento médico es realmente necesario, y la obtención de la muestra es parte del mismo. El tratamiento no puede ser un pretexto para obtener tejidos que puedan ser utilizados con otros propósitos⁷⁰. En estos casos, la falsedad de la información transmitida invalidará el consentimiento prestado.

3.1.2.2. LA FINALIDAD SECUNDARIA DE INVESTIGACIÓN ES SOBREVENIDA

Tal y como dijimos más arriba, “el consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica muestras biológicas que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta (...)” (art. 58.2 LIB). Cuando dicho destino secundario de la muestra no se conozca aún el acto de obtención, entonces el consentimiento relativo a la utilización de la muestra biológica se otorgará con posterioridad (cuando se plantee el nuevo uso), de forma específica para una investigación concreta (art. 60.1 LIB). En definitiva, si el material relativo a una persona identificada o identificable permite conocer y contactar con el sujeto fuente, entonces sobre el investigador recae la responsabilidad de ponerse en contacto con dicho sujeto (o sus familiares, de acuerdo con las reglas más arriba expuestas), para obtener el consentimiento del mismo a fin de utilizar las muestras biológicas existentes para el nuevo fin pretendido.

No obstante, como veremos más abajo, pueden presentarse algunos inconvenientes a la hora de intentar recontactar con estas personas⁷¹. Posteriormente analizaremos la cuestión de si en ciertas circunstancias y con ciertos requisitos puede ser admisible la utilización de muestras biológicas de una persona sin contar con su consentimiento. En principio, a fin de evitar tales inconvenientes, la solución pasaría por solicitar siempre a los pacientes que den su consentimiento en el momento de obtener una muestra biológica para que ésta pueda ser empleada con fines de investigación biomédica en un futuro aún indeterminado. En este caso el consentimiento debería ser muy amplio y genérico, ya que aún se desconoce la investigación o investigaciones concretas a las que va a ser des-

⁷⁰ NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS. *Human tissue. Ethical and Legal issues* (London, 1995), pp. 46 y s.

⁷¹ En ciertas circunstancias puede resultar extremadamente dificultoso o, incluso, imposible para los investigadores recontactar con los individuos y obtener el debido consentimiento para la utilización de las muestras biológicas. El material puede haber sido almacenado durante largos periodos de tiempo, el sujeto fuente puede haber fallecido o resultar ilocalizable. Y en muchos casos, puede ser prohibitivamente costoso recontactar con un gran número de personas para solicitar su consentimiento (especialmente en estudios de carácter académico).

tinado⁷². Por esta razón, ello únicamente será posible si la muestra va a ser incorporada a un biobanco, en los términos establecidos en el art. 69 LIB.

De *lege ferenda* también sería posible recoger una presunción legal, de tal forma que todas las muestras biológicas obtenidos con fines diagnósticos y terapéuticos que ya no vayan a ser destinadas a dicha finalidad, podrían ser utilizadas con fines de investigación biomédica siempre que el sujeto fuente no haya manifestado su voluntad contraria a ello⁷³. Así lo prevé, por ejemplo, la

⁷² Para Francesc ABEL/Victoria CUSÍ, “Bancos de información genética. Problemas éticos y jurídicos” en Xavier Abel Lluch (dir.), *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. X, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 458, “es recomendable solicitar un consentimiento general para poder utilizar un posible excedente de tejido para la investigación y docencia; o al revés, la negativa a dar este consentimiento. En ambos casos se debe dejar constancia por escrito”. Y en otro lugar afirma: “Es conveniente que los documentos de CI que se utilicen para intervenciones quirúrgicas, incluyan un apartado donde se contemple la aprobación del paciente para que el tejido sobrante, después de ser utilizado para el diagnóstico histopatológico correcto, pueda ser utilizado con fines de investigación o de docencia” (pp. 460 y s.).

⁷³ *Vid.* sobre este particular, Peter FURNESS, “Consent to using human tissue: implied consent should suffice”, *British Medical Journal*, n° 327 (2003), pp. 759 y s. A este respecto, según apunta Sven OVE HANSSON, “The ethics of biobanks”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, n° 13 (2004), pp. 321 y s., en Dinamarca, un comité oficial ha propuesto la creación de un registro especial donde quede constancia de la negativa de un sujeto a ceder muestras biológicas con fines de investigación. De esta forma, los biobancos tendrían que comprobar en dicho registro si una determinada persona cuyo material biológico podría ser destinado a la investigación ha manifestado su voluntad contraria al respecto. En caso contrario, dicho material (por ejemplo, tejido procedentes de una intervención quirúrgica) podría ser empleado sin requerir el consentimiento expreso del sujeto fuente.

Un buen ejemplo de consentimiento presunto en el ámbito de la investigación biomédica es el caso islandés. Este caso resultó especialmente controvertido puesto que la gestión centralizada de todas las historias clínicas de los islandeses (Ley 139/1998, sobre bases de datos de salud), y posteriormente de su material biológico (Ley 119/2000, sobre biobancos), sería gestionada por una empresa privada (deCODE Genetics). Los art. 8 Ley 139/1998 y 7 Ley 117/2000 establecen la regla del consentimiento presunto. Este modelo, sin embargo, ha suscitado muchas críticas y una sentencia en contra del Tribunal Supremo de Islandia (de 27 de noviembre de 2003) [el texto de la sentencia puede consultarse en la *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 21 (2004), pp. 127 y ss.], por lo que ha sido *de facto* abandonado. *Vid.* al respecto, Hróbjartur JÓNATÁNSSON, “Iceland’s Health Sector Database: A significant head Star in the Search for the Biological Grail or an Irreversible Error?”, *American Journal of Law and Medicine*, n° 26 (2000), pp. 31 y ss.; Skúli SIGURDSSON, “Yin-yang genetics, or the HSD deCODE controversy”, *New Genetics and Society*, n° 2 (2001), pp. 1003 y ss.; Ragnar ADALSTEINSSON, “The constitutionality of the Icelandic Act on a Health Sector Database”, en Judit Sandor (Ed.), *Society and Genetic Information: Codes and Laws in the Genetic Era*, Central European University Press, Budapest, 2003, pp. 203 y ss.; Renate GERTZ “An analysis of the Icelandic Supreme Court judgement on the Health Sector Database Act”, *SCRIPed* (on line journal), n° 2 (2004), pássim; Roberto ANDORNO, “Biobancos poblacionales: un análisis jurídico a partir de las experiencias islandesa y estonia”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 25 (2006), pp. 57 y ss.; Yael BREGMAN-ESCHET, “Genetic Databases and Biobanks: Who controls our Genetic Privacy?”, *Santa Clara Computer and High - Technology Journal*, n° 23 (2006), pp. 37 y ss.

Ley 8/2003, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud. Según su art. 36.2, “en el marco de la normativa aplicable, y siempre que no exista oposición por parte del interesado, los centros, servicios y establecimientos sometidos a la presente Ley podrán conservar y utilizar tejidos o muestras biológicas para fines lícitos distintos de aquéllos que motivaron la biopsia o extracción”⁷⁴.

3.1.3. Revocación del consentimiento para el uso de la muestra biológica. Efectos sobre la muestra

Un elemento inseparable del requisito de consentimiento es la facultad del sujeto de la revocación del mismo⁷⁵. Esta facultad de revocación del con-

⁷⁴ La Disposición final primera de la LIB establece que “esta Ley se aprueba al amparo del artículo 149.1.15.^a y 16.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica y en materia de bases y coordinación general de la sanidad. El Estado y las comunidades autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para garantizar la efectividad de esta Ley”. De esta forma, el legislador estatal se ha irrogado la competencia exclusiva para regular las materias objeto de la presente ley, correspondiendo a las comunidades autónomas, como se ha dicho, únicamente la adopción de las medidas necesarias para garantizar su efectividad.

Por lo tanto, cabe preguntarse cuál es el efecto que la LIB tendrá sobre la mencionada disposición de la ley castellano-leonesa. Para evitar la consideración del referido precepto como inconstitucional (por haber regulado una materia sobre la cual la comunidad autónoma no tenía competencia, lo cual habría que aclarar con carácter previo), la solución más adecuada sería llevar a cabo una interpretación de los preceptos estatales y autonómicos que permita conjugar su aplicación, mostrando que la contradicción entre ellos es meramente aparente, y en su caso haciendo prevalecer la interpretación de las leyes que es conforme con la Constitución y el orden constitucional de competencias (STC 236/2000, de 16 de octubre, fundamentos jurídicos 3 y 5, y art. 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Ello es posible en relación con el art. 36.2 de la referida Ley 8/2003 (Comunidad Autónoma de Castilla y León). El propio artículo prevé su aplicación “en el marco de la normativa aplicable”, la cual será la LIB en relación con el uso de muestras biológicas con fines de investigación. De esta forma, este precepto no será aplicable en aquellos ámbitos en los que la legislación estatal regula un uso de muestras biológicas con carácter exclusivo, pero sí lo será en aquellos otros en los que la Comunidad Autónoma tenga capacidad legislativa.

⁷⁵ Así, por ejemplo, el art. 9 de la Declaración Internacional de la UNESCO sobre los Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003, establece que “a) Cuando se recolecten (...) muestras biológicas con fines de investigación médica y científica, la persona de que se trate podrá revocar su consentimiento, a menos que esos datos estén irreversiblemente disociados de una persona identificable. (...) [L]a revocación del consentimiento no debería acarrear ningún perjuicio o sanción para la persona interesada; b) Cuando alguien revoque su consentimiento, deberían dejar de utilizarse sus (...) muestras biológicas a menos que estén irreversiblemente disociados de la persona en cuestión (...)”. Por su parte, el art. 22.2 de la

sentimiento previamente emitido se recoge expresamente en la LIB, primero con carácter general, en su art. 4.3, y posteriormente de forma específica en relación con el uso de muestras biológicas en investigación. Así, el art. 60.3 LIB establece que “el consentimiento podrá ser revocado, totalmente o para determinados fines, en cualquier momento. Cuando la revocación se refiera a cualquier uso de la muestra, se procederá a su inmediata destrucción, sin perjuicio de la conservación de los datos resultantes de las investigaciones que se hubiesen realizado con carácter previo”.

De lo anterior se desprende que puede existir una revocación total o parcial (permitiendo la utilización de la muestra en otro tipo de investigaciones). Por otra parte, si el sujeto fuente desea recuperar las muestras por razones sanitarias, el art. 58.4 LIB señala que “cuando, por razones de salud, el sujeto fuente o su familia lo necesiten podrán hacer uso de las muestras, siempre que estén disponibles y no se encuentren anonimizadas”⁷⁶. La referencia a las “razones de salud” debe ser entendida en un sentido amplio, incluyéndose cualquier actuación que se realice en el ámbito sanitario⁷⁷.

Recommendation Rec (2006) 4 of the Committee of Ministers to member states on research on biological materials of human origin, señala, en el mismo sentido, que el participante en un proyecto de investigación podrá revocar el consentimiento en cualquier momento, lo cual no podrá generar ningún tipo de discriminación hacia el mismo, en particular respecto a su derecho a la atención sanitaria.

⁷⁶ Como dijimos, lo ideal es que esta eventualidad le sea también comunicada al sujeto fuente en el momento de recabar su consentimiento para el uso de la muestra biológica.

⁷⁷ La LIB no resulta aplicable, sin embargo, a otras situaciones que ya se han demostrado controvertidas en la práctica, como es el caso de las muestras biológicas obtenidas con fines diagnósticos, cuando el sujeto desea recuperar dicha muestra para realizar un segundo diagnóstico en otro centro. Los tribunales han emitido sentencias contradictorias al respecto. *Vid.* Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 21 de julio de 2000 (Ponente: María de los Reyes Castresana García) y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 16 de mayo de 2001 (Ponente: María Josefa Artaza Bilbao), así como un detallado análisis de las mismas por Pilar NICOLÁS JIMÉNEZ, “Los derechos del paciente sobre su muestra biológica: distintas opiniones jurisprudenciales”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 19 (2003), pp. 207 y ss.

El principal error de ambas resoluciones ha sido, a nuestro juicio, analizar la cuestión desde la perspectiva del acceso a la información sanitaria y no, como debería haberse hecho, desde la existencia de un posible derecho a la propiedad sobre la muestra. Como afirma NICOLÁS JIMÉNEZ, “Los derechos del paciente sobre su muestra biológica: distintas opiniones jurisprudenciales”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 19 (2003), p. 223, de ambas sentencias parece deducirse que los tribunales atribuyen la propiedad de la muestra biológica al centro donde ésta se encuentra almacenada y no al sujeto fuente (este la habría abandonado y el hospital se habría apropiado de ella). Si como debiera haberse hecho, los tribunales hubieran partido de la consideración del sujeto fuente (el ahora reclamante de la muestra) como propietario de la misma, no habría existido ningún problema para haber ordenado su restitución cuando ésta fue requerida.

En cualquier caso, sería conveniente *de lege ferenda* un pronunciamiento expreso del legislador, de forma similar a lo dispuesto en algunas leyes autonómicas. Por ejemplo, la Ley

Así pues, si la revocación del consentimiento afecta únicamente a la identificación de las muestras, éstas podrán anonimizarse y seguir siendo empleadas con fines de investigación biomédica. Si por el contrario, la revocación se refiere a cualquier uso de la muestra, éstas deberán ser destruidas.

Por último, resulta de interés plantearse los efectos jurídicos de la revocación del consentimiento respecto al sujeto fuente, y la eventual responsabilidad patrimonial del mismo si de esta decisión se derivara algún perjuicio para el correcto desarrollo del proyecto de investigación en la que estaba siendo empleada, o en el que iba a utilizarse. No podemos ocuparnos ahora de esta interesante cuestión, pues ello excede el objeto de este trabajo. Sin embargo, sí conviene apuntar que ello ha sido ya planteado en relación con el trasplante de órganos, y esta discusión doctrinal puede trasladarse en similares términos al tema que ahora nos ocupa⁷⁸.

de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, en cuyo art. 36.1 establece lo siguiente: “Las personas a quienes se practique una biopsia o extracción en los centros, servicios o establecimientos sometidos a la presente Ley tienen derecho a disponer de preparaciones de tejidos o muestras biológicas provenientes de aquéllas, con el fin de recabar la opinión de un segundo profesional o para garantizar la continuidad de la asistencia en un centro, servicio o establecimiento diferente”. De la misma manera, el según el art. 39.2 de Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (ley posterior a la sentencia mencionada), “el paciente tiene derecho a disponer de aquellas preparaciones de tejidos o muestras biológicas que provengan de una biopsia o extracción, con la finalidad de recabar la opinión de un segundo profesional o para la continuidad de la asistencia en un centro diferente”. Y de forma muy similar, la Ley riojana 2/2002, de 17 de abril, de Salud: “El paciente tiene el derecho a disponer de aquellas preparaciones de tejidos o muestras biológicas que provengan de una biopsia o extracción, con la finalidad de recabar la opinión de un segundo profesional o para la continuidad de la asistencia en un centro diferente”.

⁷⁸ Vid. Victor ANGOITIA GOROSTIAGA, “El régimen reglamentario de la extracción y trasplante de órganos”, en Carlos María Romeo Casabona (coord.), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Comares, Granada, 2005, pp. 190 y ss. De hecho, algunos autores, como Ruth CHADWICK/Kåre BERG, “Solidarity and equity: new ethical framework for genetic databases”, *Nature Reviews Genetics*, nº 2 (2001), p. 320, consideran que puede ser conveniente replantearse el derecho de los sujetos fuente a revocar su consentimiento una vez que éste ha sido otorgado, esgrimiendo la existencia de deberes de solidaridad para contribuir a la investigación biomédica.

Por el contrario, El COMITÉ DE ÉTICA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE ENFERMEDADES RARAS, “Recomendaciones sobre los aspectos éticos de las colecciones de muestras y bancos de materiales humanos con fines de investigación biomédica”, *Revista Española de Salud Pública*, nº 2 (2007), p. 104, recoge en su recomendación 12 que la revocación del consentimiento no puede generar ninguna penalización para dicho sujeto. Para Garrath WILLIAMS/Doris SCHROEDER, “Human Genetic banking: altruism, benefit and consent”, *New Genetics and Society*, nº 1 (2004), p. 97, mantener intacto el derecho de revocación es importante para mantener la confianza de los participantes en la investigación. Si se elimina o restringe este derecho, muchas personas podrían negarse a ceder sus muestras biológicas para investigación biomédica.

3.2. *El uso de muestras biológicas para fines diferentes a los autorizados por el sujeto fuente*

Si bien la regla general es la utilización del material biológico únicamente cuando el sujeto fuente haya prestado su consentimiento, puede ocurrir que ello no sea posible en muchos casos, tal y como avanzábamos más arriba. Por ejemplo, varios años después de la extracción, algunos sujetos no tendrán ningún problema para discutir y autorizar el uso de su muestra aún almacenada, pero otros podrán sentirse molestos o angustiados con dicho contacto⁷⁹. Otros sujetos pueden ser difíciles de localizar, o incluso ello puede ser imposible (por ejemplo, han fallecido o han cambiado de residencia). Esta búsqueda supone, indudablemente, una importante inversión de tiempo y dinero, lo cual puede afectar negativamente a la investigación⁸⁰.

En estos casos, tratándose de muestras biológicas relativas a personas identificadas o identificables, aunque no se deriven daños directos para su salud, sí que es posible advertir posibles perjuicios indirectos derivados del uso de las muestras (por ejemplo, el acceso de terceros a información altamente sensible)⁸¹, además de afectarse a su derecho a la autodeterminación, entendido este aquí como el derecho a tener un control sobre su material biológico. La pregunta es, pues, si es posible utilizar tales muestras con fines de investigación en ciertos casos a pesar de la falta de consentimiento del sujeto fuente. Las posibles respuestas a este dilema son muy variadas. Así, podría optarse por una prohibición absoluta de utilizar muestras biológicas sin el consentimiento del sujeto fuente, permitir su utilización pero exigiendo la anonimización de las mismas, autorizarlo pero exigiendo la intervención previa de un Comité de Ética de la Investigación que vele por los intereses de los sujetos fuente de las muestras, etc.

Puesto que uno de los principales inconvenientes radica en el acceso a información muy sensible del sujeto fuente de las muestras, se ha planteado la posibilidad del uso anonimizado de las mismas cuando desean destinarse a la investigación. Se afirma que si estas se anonimizan ya no hará falta pedir el consentimiento al sujeto fuente. Pero ello no deja de plantear problemas. Por

⁷⁹ Cfr. P. N. FURNESS/M. L. NICHOLSON, "Obtaining explicit consent for the use of archival tissue samples: practical issues", *Journal of Medical Ethics*, n° 30 (2003), p. 563

⁸⁰ Cfr. Nikolajs ZEPS/Barry J. LACOPETTA/Lyn SCHOFIELD/Jillian M. GEORGE/Jack GOLDBLATT, "Waiver of individual patient consent in research: when do potential benefits to the community outweigh private right?", *Medical Journal of Australia*, n° 2 (2007), pp. 89 y s.

⁸¹ Cfr. M. DESCHÉNES/G. CARDINAL/B.M. KNOPERS/K.C. GLASS, "Human genetic research, DNA banking and consent: a question of 'form'?", *Clinical Genetics*, n° 59 (2001), p. 226; Mark A. ROTHSTEIN, "Expanding the Ethical Analysis of Biobanks", *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, n° 1 (2005), p. 90; Gert HELGESSON/Joakim DILLNER/Joyce CARLSON/Claus R. BARTRAM/Mats G. HANSSON, "Ethical framework for previously collected biobank samples", *Nature Biotechnology*, n° 9 (2007), p. 973.

un lado, ciertas investigaciones requieren el uso de muestras identificadas, de tal forma que dado el caso, el sujeto fuente pueda ser contactado para pedir información adicional o, al menos, pueda obtenerse información médica complementaria; por otra parte, esta posibilidad está expresamente vetada por la LIB⁸². Así, también para la anonimización de las muestras (o de los datos) y su posterior uso se requiere el consentimiento del sujeto fuente. Recordemos que el art. 58.2.I LIB establece que "el consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica muestras biológicas que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta, *se proceda o no a su anonimización*" (énfasis añadido).

Ahora bien, lo cierto es que existe una aceptación bastante generalizada de que, de forma excepcional y siempre que se respeten ciertas garantías, debería admitirse la posibilidad de utilizar muestras biológicas sin exigirse el consentimiento del sujeto fuente en determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, el Comité de Bioética de Cataluña, en su informe titulado *Problemas éticos en el almacenamiento y la utilización de muestras biológicas*, dice lo siguiente: "Cuando la situación que se plantea es la utilización de muestras obtenidas con anterioridad y no se dispone del consentimiento del paciente, se recomienda el recurso al comité de ética, que deberá valorar los inconvenientes y beneficios individuales y confrontarlos a las pérdidas y beneficios que la investigación podría representar para la sociedad. Hay que recordar que la solicitud de CI [consentimiento informado], cuando fuera posible obtenerlo, podría ocasionar problemas a los participantes por el hecho de revisar su participación en estudios anteriores o de revivir situaciones vividas que no quieren recordar. También se incrementarían notablemente los costes y los márgenes de error como consecuencia de la pérdida de muchas personas de las que no se obtendría el CI"⁸³.

También la Recomendación del Consejo de Europa nº 4 (2006), *on research on biological materials of human origin*, acepta esta posibilidad como último recurso. Así, en su art. 22.1.ii establece que "si no fuera posible contactar con la persona afectada empleando un esfuerzo razonable, estos materiales biológicos únicamente deberían ser utilizados en un proyecto de investiga-

⁸² Con la excepción de las muestras biológicas obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de la LIB, tal y como señalaremos posteriormente.

⁸³ COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA, *Problemas éticos en el almacenamiento y la utilización de muestras biológicas*, Barcelona, 2004, p. 77. Vid. también, IRISH COUNCIL FOR BIOETHICS, *Recommendations on the collection, use and storage of human biological material in research* (2005), Recomendación 11; AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *Essentially Yours: The Protection of Human Genetic Information in Australia*, Vol. I, 2003, pp. 410 y ss.; Francesc ABEL/Victoria CUSÍ, "Bancos de información genética. Problemas éticos y jurídicos" en Xavier Abel Lluch (dir.), *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. X, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 459.

ción si éste ha sido sometido a una evaluación independiente y se cumplen los siguiente requisitos: a) se trata de una investigación de alto interés científico; b) los fines de la investigación no podrían ser alcanzados utilizando material biológico para el cual se hubiera obtenido el consentimiento oportuno; c) no existe evidencia de que el sujeto afectado se haya opuesto de forma expresa a su uso para investigación”.

El legislador español ha admitido esta posibilidad en la LIB, distinguiendo entre las muestras biológicas obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (5 de julio de 2007), y aquellas otras obtenidas con posterioridad a dicho momento.

De este modo, por un lado tenemos la Disposición Transitoria Segunda de la LIB, que se ocupa de las *muestras almacenadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley*. De acuerdo con esta disposición, “las muestras biológicas obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley podrán ser tratadas con fines de investigación biomédica cuando el sujeto fuente haya dado su consentimiento o cuando las muestras hayan sido previamente anonimizadas. No obstante, podrán tratarse muestras codificadas o identificadas con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento represente un esfuerzo no razonable en el sentido que se indica en el párrafo i) del artículo 3 de esta Ley, o no sea posible porque el sujeto fuente hubiera fallecido o fuera ilocalizable. En estos casos se exigirá el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, el cual deberá tener en cuenta, como mínimo, los siguientes requisitos: a) Que se trate de una investigación de interés general; b) Que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente; c) Que no conste una objeción expresa del mismo; y d) Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal”.

De acuerdo con esta disposición, pueden hacerse las siguientes consideraciones en relación con las muestras obtenidas y almacenadas antes del 5 de julio de 2007: a) de ser ello posible, lo más adecuado es pedir el consentimiento del sujeto fuente para utilizar muestras biológicas almacenadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley; b) es posible utilizar dichas muestras sin el consentimiento del sujeto fuente siempre que se anonimicen previamente; c) de forma excepcional, también es posible utilizar muestras identificadas sin el consentimiento del sujeto fuente, pero en tal caso deberán cumplirse ciertos requisitos, que habrán de ser valorados por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente, entre los cuales está la exigencia de justificación del uso identificado de las muestras; d) en el caso de que vayan a utilizarse muestras anonimizadas, ello no exime de la intervención del Comité de Ética de la Investigación, cuyo informe es preceptivo en todo caso de acuerdo con el art. 62 LIB. Pero en este caso, el Comité únicamente deberá comprobar la fecha de recogida de las muestras, y se eximirá de la exigencia del consentimiento del sujeto fuente para todas aquellas obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley; e) las muestras pueden ser usadas por

cualquier persona o institución, independientemente de quién las obtuvo y dónde se encuentran almacenadas.

Por otra parte, en relación con las muestras biológicas obtenidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el art. 58.2.II LIB establece lo siguiente: “No obstante lo anterior [exigencia del consentimiento del sujeto fuente para utilizar con fines de investigación biomédica muestras biológicas que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta], de forma excepcional podrán tratarse muestras codificadas o identificadas con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento no sea posible o represente un esfuerzo no razonable en el sentido del artículo 3.i) de esta Ley. En estos casos se exigirá el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, el cual deberá tener en cuenta, como mínimo, los siguientes requisitos: a) Que se trate de una investigación de interés general; b) Que la investigación se lleve a cabo por la misma institución que solicitó el consentimiento para la obtención de las muestras; c) Que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente; d) Que no conste una objeción expresa del mismo; e) Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal”.

Aunque este precepto está redactado de forma semejante a aquél que se ocupaba de las muestras obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, sin embargo, el régimen jurídico de uno y otro supuesto difiere de forma sustancial. Ciertamente, la redacción de este precepto es muy deficiente y puede llevar a error si no se interpreta en sus justos términos. Ello se debe a que el legislador ha utilizado la misma técnica legislativa para regular dos supuestos cuyo punto de partida es diferente. Así, en el supuesto que veíamos más arriba (muestras obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley) se parte del hecho de que las muestras en cuestión podrán ser utilizadas con fines de investigación sin el consentimiento del sujeto fuente siempre que se anonimicen, y las reglas especiales contenidas en la mencionada disposición transitoria segunda se exigen únicamente cuando se quieren utilizar esas muestras de forma identificada y sin consentimiento. Por el contrario, en el supuesto que ahora nos ocupa (muestras obtenidas con posterioridad a la entrada en vigor de la ley), la situación es muy otra, pues la voluntad del legislador es muy clara en el sentido de que el investigador *en ningún caso* puede hacer uso de tales muestras sin el consentimiento del sujeto fuente mediante la simple anonimización de las mismas (tal y como categóricamente establece el art. 58.2.I LIB)⁸⁴.

⁸⁴ Este apartado no se encontraba recogido en el texto original del Proyecto de Ley (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A, Número 104-1, de 22 de septiembre de 2006), sino que fue introducido en el trámite de enmiendas a petición del Grupo Parlamentario Socialista, con la siguiente motivación: «Según el artículo 58.2 del Proyecto de Ley, no es posible utilizar muestras biológicas simplemente anonimizándolas. Por ello, en cuanto a la utilización de muestras biológicas con fines de investigación biomédica no consentidos por el sujeto fuente, pero sin oposición expresa del mismo, se propone que en

Así pues, la excepción prevista en el art. 58.2.II LIB debe ser interpretada, a nuestro juicio, de la manera siguiente: a) esta regla será de aplicación *siempre* que se quiera utilizar muestras biológicas sin el consentimiento del sujeto fuente, tanto si se desea su uso identificado, codificado o completamente anónimo (tras haber sido sometidas al correspondiente proceso de anonimización); b) las muestras se utilizarán preferentemente de forma anonimizada, pero podrán utilizarse de forma identificada y codificada si el investigador justifica que la investigación sería menos efectiva o inviable en caso contrario⁸⁵; c) incluso cuando el investigador acepte la utilización de las muestras de forma anonimizada, ello no elimina la obligación de cumplir el resto de los requisitos exigidos en el precepto analizado, esto es, que se acredite fehacientemente por los medios oportunos (que deberá valorar el Comité de Ética de la Investigación correspondiente) que la obtención del consentimiento no es posible o representa un esfuerzo no razonable; que se trata de una investigación de interés general; que la investigación se va a llevar a cabo por la misma institución que solicitó el consentimiento para la obtención de las muestras; que no consta una objeción expresa por parte del sujeto fuente; y que el proceso de anonimización garantiza la confidencialidad de los datos de carácter personal; d) el ámbito de personas que pueden hacer uso de este material biológico está mucho más reducido que en el caso de muestras obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, pues ahora únicamente la institución que solicitó el consentimiento para la obtención de las muestras puede utilizarlas para este nuevo uso no previsto originariamente⁸⁶. En definitiva, una muestra biológica que haya sido obtenida y almacenada con posterioridad al

algún caso muy excepcional y con todas las garantías se permita utilizar muestras biológicas con fines distintos –de investigación biomédica– a los consentidos originariamente por el sujeto fuente. Ello debido a que en ciertas circunstancias puede resultar extremadamente dificultoso o, incluso, imposible para los investigadores volver a contactar con los interesados y obtener el debido consentimiento para la utilización de las muestras biológicas archivadas» (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, Número 104-12, de 28 de diciembre de 2006, enmienda nº 167, p. 136*).

⁸⁵ En tal caso, deberá elaborarse un protocolo de actuación que establezca claramente el procedimiento a seguir en el caso de que se obtenga información médica de interés para los sujetos cuyas muestras biológicas se están utilizando (si éstos van a ser contactados para recibir la información, cómo se va a llevar a cabo este contacto, quién será el encargado de hacerlo, etc.). El Comité de Ética de la Investigación deberá evaluar y aprobar este protocolo. *Vid. GRUPO PARA EL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, Instituto Roche, Madrid, 2006, pp. 147 y s. (Caso práctico 3).

⁸⁶ El término institución es más amplio que el de centro. De esta forma, aunque la MB se recoja por el servicio de patología u oncología de un determinado hospital (centro), quizás podría ser empleado en un proyecto de investigación del área de dermatología del mismo hospital, o de otro hospital del servicio de salud correspondiente (institución de la que depende el centro, y que es, en última instancia, la responsable de lo que suceda).

5 de julio de 2007 *nunca* podrá cederse a terceros (ajenos a la institución en cuestión) con fines de investigación sin el consentimiento del sujeto fuente. Por ello, si se considera que dicho material biológico puede resultar de utilidad para futuras investigaciones, es conveniente prever esta posibilidad en el momento de la obtención del mismo y actuar en consecuencia, informando al sujeto fuente y pidiendo el consentimiento del mismo en los términos expresados en la LIB y referidos en el presente trabajo.

En cualquier caso, tanto cuando se trate de muestras biológicas obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, como con posterioridad a dicho momento, la regla general debería ser la utilización anonimizada de las mismas⁸⁷. A este respecto, hay que tener en cuenta que ha sido precisamente la imposibilidad de localizar o contactar con el sujeto fuente la que lleva a plantearse la búsqueda de una solución alternativa. En ningún momento hay que perder de vista que el derecho a la investigación científica⁸⁸ que pretende garantizarse con esta previsión legal debe ejercerse siempre con pleno respecto a los derechos de los participantes de la misma, en este caso, los derechos a la intimidad y a la protección de datos⁸⁹, de tal modo que en aquellos casos en los que la Ley prevea una limitación de los mismos⁹⁰, ésta deberá llevarse a cabo de la manera menos lesiva posible. En todo caso, lo que no resulta admisible es optar por la anonimización para evitar pedir el consentimiento incluso cuando existe la posibilidad de contactar con el sujeto fuente⁹¹. Para evitar abusos, sería recomendable que se exigiera a los Co-

⁸⁷ No nos parece que tenga suficiente peso el argumento que ofrecen Gert HELGESSON/Joakim DILLNER/Joyce CARLSON/Claus R. BARTRAM/Mats G. HANSSON, "Ethical framework for previously collected biobank samples", *Nature Biotechnology*, nº 9 (2007), p. 974, para defender el uso identificado de las muestras biológicas. Según estos autores, sólo si éstas se utilizan de forma identificada puede evitarse la utilización repetida de muestras provenientes de un mismo sujeto.

⁸⁸ Cfr. art. 20.1 de la Constitución española.

⁸⁹ Cfr. art. 18.1 y 4 de la Constitución española.

⁹⁰ El art. 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal establece que "los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente". En definitiva, la LIB viene a cubrir el requisito de previsión legal exigido por la LO 15/1999 para tratar datos personales sin consentimiento del sujeto fuente. Hay que recordar que aunque el tratamiento de muestras biológicas no entra dentro del ámbito de aplicación de la LO 15/1999, si éstas están vinculadas a una persona identificada o identificable, la información que se obtenga de las mismas será información personal sometida a la misma.

⁹¹ En este mismo sentido, Y. JOLY/B.M. KNOPPERS/M.T. NGUYEN, "Stored tissue samples: through the confidentiality maze", *The Pharmacogenomics Journal*, nº 5 (2005), p. 4, entienden que «la anonimización de los datos y las muestras no debe ser usado por los investigadores como una excusa para reducir los obstáculos éticos y legales, o para obviar el derecho de autodeterminación de los participantes».

mités de Ética de la Investigación la elaboración de informes periódicos sobre los proyectos de investigación en los que han autorizado un uso de muestras sin consentimiento del sujeto fuente⁹².

Independientemente de lo anterior, esto es, aunque la LIB prevea la posibilidad de utilizar muestras biológicas sin el consentimiento del sujeto fuente, ello no es óbice para que sea conveniente establecer mecanismos de información que permitan conocer a los ciudadanos que esta circunstancia podría llegar a producirse. Esto es importante pues es muy probable que, en la práctica diaria, se sigan almacenando muestras biológicas procedentes de procesos asistenciales sin abordar en el momento de su obtención la cuestión de su posible uso futuro con fines de investigación biomédica. Por ello, sería conveniente que las autoridades sanitarias emprendieran una campaña informativa a través de carteles o folletos, que permitan a los ciudadanos conocer sus derechos en relación con su material biológico, y donde se recoja de forma clara esta eventualidad legal. Se este modo, los pacientes podrán manifestar su voluntad contraria a que sus muestras obtenidas con fines diagnósticos sean utilizadas en un futuro sin su consentimiento (o en todo caso) con fines de investigación biomédica. Esta voluntad debería quedar recogida en la historia clínica del paciente y ser, en todo caso, respetada.

Para finalizar, aun queda por analizar una cuestión de enorme trascendencia práctica. Hasta ahora hemos comprobado que la LIB permite en casos excepcionales, y bajo ciertas condiciones, la utilización de muestras biológicas sin consentimiento del sujeto fuente. Ahora bien, esta previsión no alcanza a la información sanitaria de dichos sujetos. Para saber hasta qué punto es posible utilizar esas muestras biológicas junto con información del sujeto fuente hay que tener en consideraciones diversas disposiciones contenidas en la LOPD, la LAP y la propia LIB.

Así, el art. 5.2 LIB establece que “la cesión de datos de carácter personal a terceros ajenos a la actuación médico-asistencial o a una investigación biomédica, requerirá el consentimiento expreso y escrito del interesado (...). Y el apartado 3 de este mismo precepto añade que “se prohíbe la utilización de datos relativos a la salud de las personas con fines distintos a aquéllos para los que se prestó el consentimiento”. Por otro lado, debemos recordar que la disposición final segunda de la LIB dispone que en lo no previsto en esta Ley serán de aplicación la LAP y la LOPD.

El art. 11.1. LOPD señala que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”. Del mismo modo, el art. 7.3 LOPD dispone que “los datos de carácter personal que hagan referencia al

⁹² Cfr. Don CHALMERS, “Ethical Principles for Research Governance of Biobanks”, *Journal of International Biotechnology Law*, n^o 3 (2006), pp. 227 y s.

origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”. Se requiere, por lo tanto, una Ley que prevea la posibilidad de tratar datos médicos sin consentimiento del sujeto fuente.

A este respecto, la propia LOPD recoge algunas excepciones. Así, en su art. 11.2 señala que “el consentimiento (...) no será preciso: f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica”.

Más claramente, según el art. 16.3 LAP, “el acceso a la historia clínica con fines (...) de investigación (...) se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos (...)”. Y en este mismo sentido, pero en relación con los datos genética, el art. 50.2 LIB establece que “los datos genéticos de carácter personal sólo podrán ser utilizados con fines (...) de investigación (...) cuando el sujeto interesado haya prestado expresamente su consentimiento, o cuando dichos datos hayan sido previamente anonimizados”.

Por lo tanto, según se desprende de la normativa aplicable, la utilización de datos médicos de un sujeto con fines de investigación únicamente será posible si existe una razón de interés general (por ejemplo, existe un proyecto de investigación aprobado por el correspondiente Comité de Ética de la Investigación que requiere de dichos datos), y además: a) el sujeto titular de los datos lo autoriza; o b) si no es posible recabar dicho consentimiento, los datos se anonimizan⁹³.

⁹³ Cfr. Carlos M. ROMEO CASABONA/Aitziber EMALDI CIRIÓN/ Leire ESCAJEDO SAN EPIFANIO/Pilar NICOLÁS JIMÉNEZ/Sergio ROMEO MALANDA/Asier URRUELA MORA, *La Ética y el Derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 117 y s.; Pilar NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2006, p. 208 y ss.; Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 445 y ss.

Ciertamente, el art. 50.3 LIB prevé la posibilidad de utilizar datos genéticos codificados sin el consentimiento del sujeto fuente en ciertos casos y bajo determinados requisitos. Según este precepto, “en casos excepcionales y de interés sanitario general, la autoridad competente, previo informe favorable de la autoridad en materia de protección de datos, podrá autorizar la utilización de datos genéticos codificados, siempre asegurando que no puedan relacionarse o asociarse con el sujeto fuente por parte de terceros”. Sin embargo, no parece que la utilización de esta información en una investigación biomédica se acomode a los presupuestos de *excepcionalidad e interés sanitario* que exige esta disposición.

En definitiva, cuando se autorice la utilización de muestras biológicas sin el consentimiento del sujeto fuente, podrán obtenerse nuevos datos, los cuales deberán conservarse adecuadamente, protegiendo la confidencialidad de los mismos (la LIB sirve de título legal habilitante para dicho tratamiento). Pero no se podrán incorporar datos médicos existentes con anterioridad sin el consentimiento del sujeto fuente⁹⁴, a menos que las muestras biológicas estén anonimizadas. Es decir, si las muestras biológicas no han sido previamente anonimizadas, la vinculación a las mismas de información sanitaria será información de un sujeto identificado o identificable, lo cual es contrario a lo dispuesto en LAP y en la LIB. Si por el contrario, las muestras biológicas se utilizan de forma anonimizada, entonces la información que se vincule a las mismas ya no estaría referida a un sujeto identificado o identificable, en cuyo caso sí que podría asociarse a las muestras biológicas información procedente de la historia clínica del mismo, incluso sin su autorización.

3.3. *Circulación internacional de muestras biológicas*

De acuerdo con el art. 18 de la Declaración Internacional de la UNESCO sobre los Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003, “los Estados deberían regular la circulación transfronteriza de datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos y muestras biológicas para fomentar la cooperación médica y científica internacional y garantizar un acceso equitativo a esos datos (...)”. De manera similar, la Recomendación del Consejo de Europa 4 (2006) *on research on biological materials of human origin* establece en su art. 16 que “los materiales biológicos y los datos personales asociados a los mismos únicamente debería ser cedidos a otro estado si ese estado asegura un nivel de protección adecuado”⁹⁵.

La LIB se ocupa de esta cuestión en su art. 11, según el cual, “[I] La entrada y salida intracomunitaria y extracomunitaria de muestras biológicas de origen humano con los fines de investigación biomédica a los que se refiere esta Ley se regirán por las disposiciones que se establezcan reglamentaria-

⁹⁴ En el caso de muestras biológicas obtenidas con posterioridad a la entrada en vigor de la LIB, su utilización únicamente se podrá llevar a cabo, como hemos visto, por la misma institución que solicitó el consentimiento para la obtención de las muestras. Esa institución (por ejemplo, un centro hospitalario) puede ser depositaria de la historia clínica del paciente-sujeto fuente. Sin embargo, cuando esos datos van a ser utilizados con fines distintos a aquellos para los que se recogieron, aunque sea por personal de la misma institución, estamos ante una cesión de datos de carácter personal, y por lo tanto serán de aplicación las reglas aquí expuestas.

⁹⁵ En este mismo sentido, MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 14.

mente⁹⁶. [II] Cuando se trate de de muestras biológicas procedentes de biobancos se observarán, además, las condiciones de cesión y seguridad que se establecen en el Título V de la presente Ley”⁹⁷.

Este intercambio de muestras biológicas no será excepcional, pues hay que tener en cuenta que debido a la enorme variabilidad del medio, estilos de vida y disposiciones genéticas en diferentes lugares y en diferentes grupos étnicos, es necesario realizar una aproximación orientada globalmente en este tipo de investigación. Por ello, se precisa la colaboración entre biobancos. Sin embargo, es muy probable que surjan obstáculos en dicha cooperación en la investigación, algunos de los cuales serán los siguientes: a) gran parte de los biobancos son una mezcla de biobancos de una específica enfermedad y biobancos de población general, pero no se ha establecido una conexión entre ellos; b) muchos biobancos forman parte de un determinado centro o institución (por ejemplo, un hospital), por lo que no existe una información sobre su contenido. De ahí que muchos biobancos no sean accesibles; c) los sistemas de almacenamiento del material puede variar de un biobanco a otro (bloques de parafina, congelación, etc.); d) esa diferencia de sistema también supone una diferencia en la calidad del archivo, de tal forma que en ciertos casos los materiales almacenados pueden resultar dañados; e) puede haber diferentes maneras de apreciar el valor del consentimiento del sujeto fuente, por lo que es posible que se planteen ciertos conflictos éticos (por ejemplo, un biobanco se compone de muestras sin que los sujetos de los que provienen hubieran

⁹⁶ Actualmente, existe una norma reglamentaria. El Real Decreto 65/2006, de 30 de enero, por el que se establecen requisitos para la importación y exportación de muestras biológicas específica las condiciones para la importación y exportación de muestras de sustancias biológicas y establece un sistema de registro voluntario que permite su importación y exportación continua. Sin embargo, este Real Decreto únicamente es de aplicación, tal y como establece su art. 1, a “la importación y exportación de muestras biológicas para el diagnóstico o la investigación en seres humanos (...)”. Por lo tanto, no es aplicable a la investigación con muestras biológicas *in vitro*.

Según esta Disposición final tercera de la LIB, “se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley, y en particular para establecer: a) Las normas de intercambio y circulación, interna, intracomunitaria y extracomunitaria, de material biológico de origen humano con fines de investigación (...)”.

⁹⁷ *Vid.* un análisis más detallado de esta problemática, GRUPO PARA EL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, *Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, Instituto Roche, Madrid, 2006, pp. 79 y ss.

Para el MEDICAL RESEARCH COUNCIL, *Human Tissue and biological samples for use in research. Operational and ethical guidelines*, 2001, p. 26, así como para la ITALIAN SOCIETY OF HUMAN GENETICS, *Guidelines for Genetic Biobanks*, 2004, p. 12, cuando se quieran utilizar muestras obtenidas en terceros países, deberá acreditarse que en su obtención se han respetado también las garantías exigidas en el país de origen. Cfr. igualmente, Don CHALMERS, “Ethical Principles for Research Governance of Biobanks”, *Journal of International Biotechnology Law*, n° 3 (2006), pp. 229 y s.

dado su consentimiento)⁹⁸; f) la información que se ha obtenido y que está unida a la muestra puede no ofrecer todo el interés que se requiere por todos los investigadores; g) los registros están muchas veces en lenguas propias del país, y no existe traducción; h) las reglas de acceso a dicho material varía enormemente de un país a otro y de un biobanco a otro.

4. El tratamiento de muestras biológicas en estudios de diversidad genética

El art. 58.6 LIB señala que “en los estudios de diversidad genética se respetarán siempre las tradiciones locales y étnicas, evitando en todo caso prácticas de estigmatización y discriminación”. Este precepto está haciendo referencia a los análisis genético-poblacionales. Por tal se entiende toda “investigación que tiene por objeto entender la naturaleza y magnitud de las variaciones genéticas dentro de una población o entre individuos de un mismo grupo o de grupos distintos” [art. 3.b) LIB].

La genética de poblaciones es aquella parte de la genética que estudia la distribución de los genes en las poblaciones y de cómo las frecuencias de los genes y de los genotipos cambian o se mantienen a lo largo del tiempo. Las frecuencias génicas y genotípicas son esenciales en muchas formas de análisis genético y tienen una particular importancia en los cálculos de los riesgos genéticos. De esta manera, para realizar un diagnóstico clínico correcto genéticamente, así como para un estudio de consejo genético, es importante conocer el origen geográfico y étnico de las familias que se están estudiando o si hay una historia familiar de consanguinidad. En los estudios genéticos, más que en cualquier otra especialidad médica, el paciente es un reflejo de la población a la que pertenece⁹⁹.

Los estudios de diversidad genética pueden ser de muy diversa naturaleza, y pueden llevarse a cabo sobre grupos de población muy variados, no siempre con una connotación étnica. Así, este tipo de estudios son de gran relevancia en genética forense¹⁰⁰, en investigaciones de carácter antropológico

⁹⁸ Bernice S. ELGER/Arthur L. CAPLAN, “Consent and anonymization in research involving biobanks”. *EMBO Reports*, nº 7 (2006), p. 662, aluden a la enorme variedad de regulaciones relativas a los biobancos y cómo ello supone una evidente limitación a la colaboración entre los mismos.

⁹⁹ Vid. José Aurelio CASTRO OCÓN, “Enfermedades genéticas: una perspectiva poblacional”, *El médico interactivo. Diario electrónico de sanidad*, publicación on-line: <http://www.medynet.com/elmedico/informes/informe/enfgeneticas.htm> (última consulta: 13 de abril de 2011).

¹⁰⁰ Para calcular la probabilidad de paternidad se tiene en cuenta, por un lado, la probabilidad que tiene el presunto padre de transmitir un marcador que está presente en él y en el niño que le reclama la paternidad, y por otro, la frecuencia del alelo en la población general o en la que se tome como referencia. Por ello, es necesario conocer la frecuencia con que los fenotipos (o variaciones) de los marcadores se distribuyen, o aparecen en la población de referencia. Esto puede comprenderse fácilmente cuando el fenotipo de un marcador presente

sobre origen y evolución de la especie humana¹⁰¹ o relativas a los flujos migratorios, etc. Pero los estudios de diversidad genética también resultan trascendentales en investigación biomédica, si bien es cierto que algunas de estas investigaciones han resultado ciertamente controvertidas. Así, desde hace un par de décadas muchos investigadores se han lanzado a la búsqueda de genes humanos con características especiales, fundamentalmente de poblaciones indígenas, discapacitados y grupos geográficamente aislados, para descubrir diferencias mínimas en sus genomas que pudieran indicar tendencias a resistir (o ser más propensos) a ciertas enfermedades. Lejos de ser proyectos altruistas para atender los problemas de salud de esos grupos, la realidad ha demostrado que quienes tienen la tecnología y medios para usar esta información son poderosas transnacionales, farmacéuticas o relacionadas con ese campo, que esperan encontrar nuevos medicamentos y únicamente actúan movidos por un ánimo personal de lucro. De hecho, muchos de los productos resultantes de tales investigaciones no tienen carácter curativo, sino que son revolucionarios productos de estética (belleza, pérdida de peso, etc.) dirigidos a la población sana de las sociedades occidentales.

Muchos de estos estudios se enmarcan dentro del Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad, iniciado a principios de los años 90, cuya finalidad es estudiar la riqueza genética de la totalidad de la especie humana¹⁰², viéndose involucrados grupos indígenas considerados en peligro de extinción.

El Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad pretendía conservar el material genético para la investigación antes de que desaparecieran. Sin embargo, las comunidades indígenas se han opuesto a dicho proyecto y han mostrado públicamente su indignación por la obtención y tratamiento del material biológico, así como por los métodos empleados en dicho proceso, los cuales no siempre han sido del todo correctos y no han garantizado la validez del

en el niño y en el padre presunto es un fenotipo raro en la población de referencia (está presente en un escaso número de individuos de esta población), la probabilidad de que sea ese hombre el que se lo ha transmitido al niño sea mayor que si se tratara de un fenotipo que está presente en un amplio número de individuos de la población, en cuyo caso son muchos los que han podido transmitirlo. V. Carlos María ROMEO CASABONA/Sergio ROMEO MALANDA, *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 37 y ss.

¹⁰¹ Vid. Rosario CALDERÓN, "El Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad: aspectos éticos", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 4 (1996), pp. 123 y ss.

¹⁰² Cfr. Rosario CALDERÓN, "El Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad: aspectos éticos", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 4 (1996), pp. 121 y ss; John I. FLEMING, "La ética y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 4 (1996), p. 160; Antonia V. HERZOG/Mark S. FRANKEL, "A model ethical protocol as a guidance document for human genome diversity research", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 10 (1999), p. 22; Michael DODSON, "Human Genetics: control of research and sharing of benefits", *Australian Aboriginal Studies*, n° 1 y 2 (2000), p. 56.

consentimiento, por ausencia de una información previa adecuada o por la promesa de remuneraciones que incidían en la libertad del otorgante¹⁰³. A este respecto, La Declaración de los pueblos indígenas del Hemisferio Occidental (Phoenix, EE.UU.), de 19 de febrero de 1995, en relación con el Proyecto de Diversidad del Genoma Humano, rechaza “la participación o permitir la apropiación o la extracción mediante proyectos científicos externos de cualesquiera materiales genéticos” y exige “al Proyecto de Diversidad del Genoma Humano y cualquier otro proyecto similar que cese en sus intentos de inducir o forzar la participación en sus proyectos, mediante promesas de beneficios y ganancias financieras con vistas a obtener así el consentimiento la participación de los pueblos indígenas”. En el mismo sentido, La Declaración de Ukupseni (Kuna Yala, Panamá), de 13 de noviembre de 1997, sobre el Proyecto de Diversidad del Genoma Humano, señala que “en el proceso de recolección genética basado en los engaños y el aprovechamiento de la marginalidad y pobreza, se atropellan los derechos humanos fundamentales, y los derechos colectivos”, así como que tales “investigaciones son un acto de piratería, robo y constituyen una agresión a los pueblos indígenas”. Por ello exigen “la suspensión inmediata de estas actividades y la devolución completa de las colecciones genéticas almacenadas: material genético original, las líneas celulares aisladas y los datos obtenidos de estas investigaciones”.

En muchas ocasiones, este tipo de estudios genético-poblacionales no requerirán el uso de muestras asociadas a sujetos determinados, pues no es tan importante la identidad del individuo como su pertenencia a un determinado grupo poblacional. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en estos casos, la muestra biológica puede ser anónima en relación con la identidad de un individuo en concreto, pero no con respecto a una clase de individuos que formen parte de un grupo o comunidad, de tal forma que los resultados del estudio

¹⁰³ Vid. Antonia V. HERZOG/Mark S. FRANKEL, “A model ethical protocol as a guidance document for human genome diversity research”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 10 (1999), pp. 23 y s. Por ello, los proyectos dirigidos a la obtención de muestra biológicas (fundamentalmente sangre) de poblaciones indígenas (que se popularizaron a mediados de los años noventa) recibieron el calificativo de proyectos vampiro (*Vampire Project*). También se habla de *helicopter genetics*, para describir el proceso en el que un grupo de investigación se desplaza (en helicóptero o avioneta) a una remota localización donde una condición genética es prevalente a fin de obtener historias clínicas, sangre de los habitantes del lugar, y volver a su laboratorio de origen para analizar las muestras, sin que se vuelva a saber nunca más de ellos. Cfr. Dianne NICOL, “Public Trust, Intellectual Property and Human Genetic Databases: The Need to Take Benefit Seriously”, *Journal of International Biotechnology Law*, n° 3 (2006), p. 93.

De hecho, algunas disputas por el uso de las muestras biológicas han acabado en los tribunales. Este es el caso de la demanda interpuesta por la tribu Havasupai (Arizona, Estados Unidos de América) contra la Universidad del Estado de Arizona, resuelta en el año 2004. Vid. sobre este particular, Larry I. PALMER, “Should Liability Play a Role in Social Control of Biobanks”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, n° 1 (2005), pp. 75 y ss.

pueden suponer un riesgo para individuos pertenecientes a dichos grupos, los cuales podrían llegar a sufrir algún tipo de discriminación o estigmatización¹⁰⁴. Por esta razón, los Comités de Ética de la Investigación deberán analizar muy atentamente los protocolos de investigación en los que se prevé utilizar muestras anónimas con el fin de salvaguardar los derechos de grupos y comunidades, especialmente cuando se trate de estudios de diversidad genética.

Por otra parte, como hemos dicho anteriormente, en ocasiones este tipo de investigaciones puede involucrar a grupos poblacionales con tradiciones muy arraigadas o con una conciencia de comunidad muy acentuada. Ello debe ser tenido muy en cuenta, por ejemplo, a la hora de transmitir la información y solicitar el consentimiento para participar en el estudio. A este respecto, hay que tratar de conciliar dos aspectos: por un lado, esa idea de colectividad, de tal modo que habría que dar cabida de alguna manera a la defensa de los posibles intereses colectivos, cuando fueran identificables¹⁰⁵; y por otra parte, que el titular de cada muestra biológica y de los datos obtenidos de la misma es en todo caso en sujeto fuente, por lo que debe exigirse el consentimiento individualizado de cada participante. A tal fin, se ha propuesto consultar a los representantes del grupo investigado, incluso requiriendo el consentimiento de la población a través de sus autoridades culturales, cuando existan¹⁰⁶, de tal

¹⁰⁴ M. DESCHÊNES/G. CARDINAL/B.M. KNOPERS/K.C. GLASS, "Human genetic research, DNA banking and consent: a question of 'form'?", *Clinical Genetics*, nº 59 (2001), pp. 226 y s.; Garrath WILLIAMS/Doris SCHROEDER, "Human Genetic banking: altruism, benefit and consent", *New Genetics and Society*, nº 1 (2004), p. 96; GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *Biobanks for Research*, 2004, pp. 69 y s.; Mark A. ROTHSTEIN, "Expanding the Ethical Analysis of Biobanks", *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, nº 1 (2005), p. 90; Bernice S. ELGER/Arthur L. CAPLAN, "Consent and anonymization in research involving biobanks", *EMBO Reports*, nº 7 (2006), p. 664.

¹⁰⁵ Para Pilar NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2006, pp. 359 y s., para ello «será preciso que se trate de una comunidad genéticamente homogénea y que cuente con autoridades reconocidas y respetadas por sus miembros, con ciertas facultades que las revistan de un poder de interlocución y representación válido. La integración de estas autoridades en el proceso de obtención del consentimiento individual puede ser adecuada para garantizar que éste se emita válidamente aunque pueda interferir en la decisión».

¹⁰⁶ Antonia V. HERZOG/Mark S. FRANKEL, "A model ethical protocol as a guidance document for human genome diversity research", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 10 (1999), pp. 25 y 29; Michael DODSON, "Human Genetics: control of research and sharing of benefits", *Australian Aboriginal Studies*, nº 1 y 2 (2000), pp. 58 y s.; EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN GENETICS, *Recommendations on data storage and DNA banking for biomedical research: technical, social and ethical issues*, 2001, Recomendación 15; Ruth CHADWICK/Kåre BERG, "Solidarity and equity: new ethical framework for genetic databases", *Nature Reviews Genetics*, nº 2 (2001), p. 319; Béatrice GODARD/Jörg SCHMIDTKE/Jean-Jacques CASSIMAN/Ségolène AYMÉ, "Data storage and DNA banking for biomedical research: informed consent, confidentiality, quality issues, ownership, return of benefits. A professional perspective", *European Journal of Human Genetics*, nº 11 (2003), p. 95; GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *Biobanks for Research*, 2004, p. 71.

modo que un determinado estudio genético poblacional no podría llevarse a cabo cuando el representante de un grupo se oponga expresamente¹⁰⁷. Sin embargo, no se debe desconocer que el consentimiento para la investigación corresponde individualmente al sujeto que participa en ella. Por esta razón, otros autores entienden que el modo más adecuado de responder a las reivindicaciones de estos grupos y de armonizarlas con los derechos individuales, sería otorgando a dicha autoridad un papel de interlocución y mediación entre los investigadores y los individuos integrantes del grupo¹⁰⁸. Finalmente el consentimiento será individual, pero se habrá asegurado que la información sobre las circunstancias de la investigación es adecuada a sus características personales (por ejemplo, utilizando sus idiomas locales).

La mencionada Declaración de Ukupseni, de 13 de noviembre de 1997, sobre el Proyecto de Diversidad del Genoma Humano, señala a este respecto lo siguiente: “Para nosotros el uso del llamado “consentimiento individual” constituye un atropello a nuestras culturas y el desconocimiento de nuestros derechos colectivos”.

¹⁰⁷ A fin de proporcionar una mayor protección a estas poblaciones, se ha propuesto también la conveniencia, en determinados casos, de solicitar la autorización del gobierno (*Vid.* el Editorial “El debate ético y jurídico en torno al Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad ¿son conciliables todas las perspectivas?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 4 (1996), p. 14), o la posibilidad de crear un Comité de Ética *ad hoc* encargado de velar por los intereses de las comunidades indígenas [Michael DODSON, “Human Genetics: control of research and sharing of benefits”, *Australian Aboriginal Studies*, nº 1 y 2 (2000), p. 61].

¹⁰⁸ En este sentido, ITALIAN SOCIETY OF HUMAN GENETICS, *Guidelines for Genetic Biobanks*, 2004, p. 8; Pilar NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2006, p. 360.

La ley fundamental en su sesenta aniversario*

Michael Sachs**

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Colonia (Alemania)

Recibido: 22.02.2011

Aceptado: 18.03.2011

Resumen. El importante tiempo de vigencia de la Ley Fundamental alemana de 1949 permite hacer una mirada retrospectiva para valorar cómo ha ido desplegando progresivamente su realidad normativa y su eficacia. En este contexto, es particularmente interesante analizar el desarrollo de cuestiones como, por ejemplo, el tema del federalismo, aspectos relativos a la hacienda pública, distribución de competencias, organización del Estado, reforzamiento del principio democrático y garantía de los derechos fundamentales y constitucionales. Este tema cobra además mayor interés si tenemos en cuenta que, en ciertos casos, para la adaptación de la Constitución alemana a las necesidades que el paso del tiempo ha ido imponiendo se han ido acometiendo sucesivas y peculiares reformas de la misma. Este trabajo es una síntesis concisa pero detallada de las fases más importantes de esa evolución.

Palabras clave. Ley Fundamental alemana, reforma de la Constitución, federalismo, reforzamiento constitucional.

Abstract. The important validity of the German Constitutional Law of 1949 allow to do a gaze with hindsight in order to appreciate how has been clarifying progressively its regulations and its effectiveness. In this context, it's particularly interesting to analyze the development of questions like, for example, the federalism subject, aspects relating to the Public Treasury, power's distribution, the State organization, the reinforcement of the democratic principle and the warranty of the fundamental and constitutional rights. This subject becomes more interest if we take account of the adaptation of the German Constitution eventually to the successive and particular reforms of it that it has been undertaken. This work is a brief summary but detailed of the more important phases of that evolution.

Key words. Basic Law for the Federal Republic of Germany, Constitution Reform, Federalism, framework, constitutional strengthening.

SUMARIO. I. Introducción. II. La evolución de la Ley Fundamental desde 1999. 1. Modificaciones de preceptos individuales. 2. La revisión

* El original de este trabajo puede encontrarse en Michael SACHS, «Das Grundgesetz in seinem sechsten Jahrzehnt», en *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 62, n.º 21, 2009, pp. 1441-1449.

** Traducido por Alberto Oehling de los Reyes. Profesor ayudante de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares.

de la Ley Fundamental con relación a la reforma del federalismo. a) Origen. b) Las relaciones financieras del Estado Federal. c) La distribución de competencias legislativas. d) Necesidad de autorización de leyes federales. III. Tendencias en la doctrina del Tribunal Constitucional Federal desde 1999. 1. Resoluciones relativas a la organización jurídica del Estado. a) Principios estructurales del Estado. b) Partidos políticos. d) Funciones del Estado. 2. Resoluciones relativas a los derechos fundamentales. a) Teoría general de los derechos fundamentales. b) Derechos fundamentales individuales. 3. Las resoluciones con efecto supranacional. a) Derecho de la Unión Europea. b) El Convenio Europeo de los Derechos Humanos. c) Intervenciones militares en el extranjero. d) Problemas migratorios y cuestiones en relación a la extradición. 4. Los problemas con la libertad religiosa. 5. Libertad y seguridad. IV. Conclusión.

I. Introducción

El 23 de mayo de 1949 entraría en vigor la Ley Fundamental¹, si bien, por entonces, solamente tendría vigencia en las zonas ocupadas del Oeste, de acuerdo a lo que establecía el artículo 23 de la Ley Fundamental, siendo una Constitución bajo reserva de sustitución en el caso de que se alcanzara la reunificación, en los términos del artículo 146 de la Ley Fundamental. Sin embargo, aún cuando esta solución provisional ha tenido validez durante sesenta años, la sustitución de la Ley Fundamental por otra Constitución² es ya un tema agotado actualmente.

Durante este tiempo la Ley Fundamental ha experimentado cincuenta y cuatro modificaciones de cierta entidad. La primera década se caracterizaría por las reformas en aspectos de defensa³, mientras que los años sesenta serían muestra del compromiso por la recepción de conceptos de previsión social⁴, que conllevarían además una nueva Constitución financiera y presupuestaria⁵. Los años setenta, por otra parte, no tendrían logros comparables⁶. En los

¹ Para más detalles, haciendo hincapié en el carácter provisional de la nueva Constitución, véase Michael SACHS, en el mismo autor (edit.), *Grundgesetz*, 5. edic. 2009, nota al margen n.º 15; HUBER, *Ibidem*, «Präambel», nota al margen n.º 5.

² Respecto a las posibilidades del artículo 146 de la Ley Fundamental (nueva redacción), véase, HUBER, en SACHS (edit.), *Grundgesetz*, «Art. 146», cit., nota al margen n.º 3, 7 y ss.; SACHS, Michael, *Juristische Schulung* 1991, pp. 985 y ss.

³ Véase la Ley de complementación (Gesetze für Ergänzung des GG) de la Ley Fundamental de 26 de marzo de 1954, BGBl. I, p. 581, y de 12 de mayo de 1969, BGBl. I, p. 357.

⁴ Véase la decimoséptima Ley de complementación de 24 de junio de 1968, BGBl. I, p. 709.

⁵ Compárese la decimoquinta y vigésima Ley de reforma de la Ley Fundamental de 8 de junio de 1967, BGBl. I, p. 581, y de 12 de mayo de 1969, BGBl. I, p. 357.

⁶ Compárese la propuesta de la Comisión Parlamentaria para la reforma constitucional (Enquête-Kommission Verfassungsreform), Bundestagsdrucksache 7/5924.

años ochenta no se operaría en la Ley Fundamental casi ningún cambio hasta 1989, etapa en la que, estando la anhelada unidad alemana ya a la vuelta de la esquina, también marcaría –junto con la constitucionalización del proceso de unificación europea⁷– los años noventa con la discusión sobre una nueva Constitución para toda Alemania⁸, y eso aún cuando las modificaciones constitucionales derivadas del Tratado de Reunificación⁹ solamente habían llevado a reformas notables de la Ley Fundamental en 1994¹⁰. A partir de ahí la evolución de la Ley Fundamental desde 1999 debe tratarse con mayor profundidad (epígrafe 2).

Qué es lo que significa realmente la Ley Fundamental se determina también indefectiblemente a través de la praxis de su aplicación, sobre todo a través de la judicatura del Tribunal Constitucional Federal. Sólo en los últimos diez años, nos encontramos con nada más y nada menos que veinte volúmenes de resoluciones de la Sala¹¹. La selección de casos y progresos a describir es necesariamente muy limitada, pero debería ayudar a determinar en qué punto se encuentra la Ley Fundamental tras sesenta años (epígrafe 3).

II. La evolución de la Ley Fundamental desde 1999

1. *Modificaciones de preceptos individuales*

Desde 1999 las normas promulgadas en orden a la modificación de la Ley Fundamental estaban destinadas, sin excepción, a delimitar y perfilar preceptos individuales muy diferenciados. Las posibles interrelaciones en cuanto al contenido solo se encuentran en aspectos límite, si bien la mayoría de las revisiones presentan puntos en común, sobre todo en cuestiones de desarrollo y complementación.

Así, se operarían dos modificaciones, al menos parcialmente, como vías de desarrollo del Derecho penal internacional y de la jurisdicción penal internacional¹². Susodichas reformas, afectarían, por un lado, a la cuadragésima séptima Ley de Reforma (47. ÄndG)¹³, referida a la reserva legal relativa a la prohibición de extradición determinada en el nuevo artículo 16.2 de la Ley Fundamental, y, por otro lado, a la quincuagésima primera Ley de Reforma

⁷ Compárese, en el contexto del Tratado de Maastricht, la Ley de Reforma de la Ley Fundamental de 21 de diciembre de 1992, BGBl. I, p. 2086.

⁸ Compárese HUBER, «Art. 146», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 4 y ss.

⁹ *Ibidem*, «Art. 4».

¹⁰ Véase la Ley de reforma de la Ley Fundamental (Artículos 3, 20 a, 28, 29, 72, 74, 75, 76, 77, 80, 87, 93, 118 a, y 125 a).

¹¹ Desde la BVerfGE 100, 313.

¹² Compárese KOKOTT, «Art. 16», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 44 y 50; DETTERBECK, *Ibidem*, «Art. 96», nota al margen n.º 18.

¹³ Ley de reforma de la Ley Fundamental (Artículo 16) de 29.11.2000, BGBl I, p. 1633.

(51. ÄndG)¹⁴, referida a la ampliación de las posibilidades mediatas de la jurisdicción del Poder Judicial federal (*Bundesgerichtsbarkeit*), de acuerdo a la nueva redacción del artículo 96.5 de la Ley Fundamental.

Varias de las reformas constitucionales están en conexión con el proceso de unificación europeo. En este orden, se materializó la modificación del propio artículo 16.2 de la Ley Fundamental en relación con las posibilidades de extradición de una persona a un Estado miembro en consonancia con la Decisión marco relativa a la orden de detención europea¹⁵ y, paralelamente, se perfilaron los procedimientos de entrega entre Estados miembros¹⁶. Por otra parte, el artículo 12.a 4 de la Ley Fundamental debe su transformación a una decisión del Tribunal de Justicia Europeo, que ha rechazado ciertas limitaciones en caso de prestación de servicios voluntarios de mujeres en la *Bundeswehr*¹⁷. Se comprende que la anterior redacción en orden a la delimitación de sus funciones pero con exclusión por fuerza de la mujer del servicio armado dentro del servicio en las Fuerzas Armadas, de conformidad con el artículo 12.a 4 de la Ley Fundamental¹⁸, tenía que ser modificada, cuando menos a efectos de dotarle de una mayor precisión¹⁹. El proceso de unificación europeo ha dado lugar también a una reforma adicional de la Ley Fundamental²⁰ destinada a la asunción de ciertas previsiones en relación al derecho de colaboración de los Parlamentos de los Estados miembros²¹, una vez entre en vigor el Tratado de Lisboa²². Finalmente, hay, además, que decir que se ha ido caminando hacia una Europa unida de la mano de importantes modificaciones para la reforma del federalismo²³ (véase el punto 2). Por ejemplo, se ha pres-

¹⁴ Ley de reforma de la Ley Fundamental (Artículo 96) de 26.7.2002, BGBl I, p. 2863.

¹⁵ Diario Oficial L 190/1 v. 18.7. 2002, S. 1

¹⁶ Sobre ello, por ejemplo, KOKOTT, en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 44 y 45. Con relación a otros desarrollos en conexión con la orden de detención europea, véase, la nota a pie del presente trabajo número 149.

¹⁷ STJCE, de 11 de enero de 2000, C-285/98, caso Tanja Kreil. Véase, también, en *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, pp. 497 y ss.

¹⁸ En detalle, véase, SACHS, Michael, en STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. IV/1, 2006, pp. 1052 y ss.

¹⁹ Así, KOKOTT, «Art. 12.a», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 16.

²⁰ Ley de reforma de la Ley Fundamental (Artículos 23, 45 y 93) de 8.10.2008, BGBl. I, p. 1926.

²¹ Compárese *Bundestagsdrucksache* 16/8488 y 16/8489. Sobre ello, por ejemplo, STREINZ, «Art. 23», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 123 y 125; MAGIERA, «Art. 45», *Ibidem.*, nota al margen n.º 8; STURM, «Art. 93», *Ibidem.*, nota al margen n.º 54 y nota a pie 101a.

²² Ley de reforma de la Ley Fundamental (Artículo 2) de 8.10.2008, BGBl. I, p. 1926.

²³ Ley de reforma de la Ley Fundamental (Artículos 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87 c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104 b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) de 28.8.2006, BGBl. I, p. 2034.

crita la cesión de ciertas prerrogativas de la República Federal de Alemania, en cuanto Estado miembro de la Unión Europea, a un representante de los *Länder* designado por el *Bundesrat*. Posibilidad que se prevé ahora forzosamente en orden a una serie tasada de competencias (artículo 23.6 de la Ley Fundamental)²⁴. Además, por otra parte, el nuevo epígrafe 6 del artículo 104 de la Ley Fundamental aclara también la desde siempre dificultosa cuestión de cómo se han de distribuir –entre la Federación y los *Länder*– las cargas o compensaciones ante una infracción por parte de Alemania de las obligaciones supranacionales o de Derecho internacional²⁵.

Dentro de las leyes de modificación permanentes encontramos, ya en el contexto de la reforma del federalismo, la referida al artículo 108 de la Ley Fundamental²⁶. A efectos de una renovación de la Administración financiera de la Federación y los *Länder*²⁷, los denominados órganos ejecutivos intermedios (*Mittelbehörden*) se dedican ahora, no ya como una mera posibilidad dentro de sus funciones sino de forma directa²⁸, a la realización de criterios de eficiencia de la Administración²⁹. Igualmente, hay que decir que la Ley Fundamental ha necesitado, asimismo, de una modificación para la implementación del Impuesto de vehículos (*Kraftfahrzeugsteuer*) en la Federación³⁰. Finalmente hay que citar también la adición, en 1994, del artículo 20.a de la Ley Fundamental, relativo a la protección del medio ambiente y a la protección de animales³¹.

2. La revisión de la Ley Fundamental con relación a la reforma del federalismo

a) Origen

La reforma del federalismo de 2006 es una de las modificaciones más amplias que, en general, ha experimentado la Ley Fundamental. Esta revisión ha afectado a un total de veinticinco preceptos, entre artículos modificados,

²⁴ Véase STREINZ, «Art. 23», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 114.

²⁵ SIEKMANN, «Art. 104.a», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 55 y ss.

²⁶ Ley de reforma de la Ley Fundamental (Artículo 108) de 26.11.2001, BGBl. I, p. 3219.

²⁷ Hasta entonces, en pro de una norma concluyente, SEER, «Art. 108», en *Bonner Komm. zum GG*, (1999), notas al margen n.º 66, 82. Otros datos en SIEKMANN, «Art. 108», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 15.

²⁸ Compárese SIEKMANN, «Art. 108», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., notas al margen n.º 15, 17, 20 y 26.

²⁹ En especial, con relación a los pequeños *Länder*, pero también a nivel de la Federación, véase, *Bundestagsdrucksache* 14/6144, p. 6.

³⁰ Ley de reforma de la Ley Fundamental (Artículos 106, 106b, 107, 108), de 19.3.2009, BGBl. I, p. 606.

³¹ Véase, así, MURSWIEK, «Art. 20a», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., notas al margen n.º 11, 15 y ss., 31, 31b, 36a, 51ª y ss., 55 y ss., 63, 68b y ss., 72 y ss.

suprimidos o de nueva creación. El fortalecimiento de las estructuras federales³² había figurado, por así decir, en el orden del día desde la Reunificación³³, de modo que, ya en 1994, tras la unidad, se volvería a pensar en una gran reforma constitucional³⁴.

Empero, aunque la modernización del ordenamiento estatal se veía como necesaria por encima de los intereses de los propios partidos, se malograría finalmente una reforma en la décimo-quinta legislatura. Ahora bien, en 2006, este fracaso se atenuaría ya que, en el marco de una coalición política, podrían ser aprobados los trabajos preparatorios a tal efecto, necesarios para acometer una primera fase de reforma del federalismo³⁵ y dirigidos a mejorar la capacidad de decisión de la Federación y los *Länder*, clarificar la clasificación de las responsabilidades y realizar un aumento de la eficiencia en la ejecución de competencias³⁶.

b) Las relaciones financieras del Estado Federal

Las cuestiones más peliagudas de las relaciones financieras se regularían inicialmente de forma parcial³⁷. Principalmente, por un lado, se revisarían las posibilidades de financiación mixta del artículo 91.a y b de la Ley Fundamental y se agravarían los requisitos para las ayudas financieras de la Federación para inversiones de los *Länder* a través del nuevo artículo 104.b de la Ley Fundamental³⁸. Por otro lado, la promulgación de las leyes de mínimos de la Federación, que concierne a las cargas de gasto de los *Länder*, pasarían a depender de una aprobación del *Bundesrat*, de acuerdo al artículo 104.a 4 de la Ley Fundamental. En otro orden de cosas, también es significativa la prohibición de transferencia de obligaciones o funciones por ley federal a los municipios prescrita en los artículos 84.1 y 85.1 de la Ley Fundamental³⁹.

³² En especial en cuanto a las competencias legislativas y la participación del *Bundesrat*. Más detalles en SCHMALENBACH, *Föderalismus und Unitarismus in der Bundesrepublik Deutschland*, 1998.

³³ Véase el artículo 5 del Tratado de Reunificación de 31 de agosto de 1990.

³⁴ Compárese con el Informe de la Comisión Constitucional Conjunta, *Bundestagsdrucksache* 12/6000, pp. 30 y ss, el Segundo Capítulo «Bund und Länder». Para más detalles, véanse, también, las referencias a la distribución competencial.

³⁵ Véase un compendio de los antecedentes en *Bundestagsdrucksache* 16/813, p. 7.

³⁶ *Bundestagsdrucksache* 16/812, p. 1. Para más datos, véase SACHS, Michael «Art. 20», en, el mismo autor (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 58a.

³⁷ Para una visión global de aspectos jurídico constitucionales en materia financiera, véase, por ejemplo, SIEKMANN, «Art. 104a», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., notas al margen n.º 37 y ss.

³⁸ Al respecto, ténganse en cuenta las regulaciones transitorias de los artículos 125.c I y II y 143.c de la Ley Fundamental.

³⁹ DITTMANN, «Art. 84», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 13.

Y para seguir la tendencia de reforma se designaría, a finales del 2006, una Comisión conjunta del *Bundestag*⁴⁰ y el *Bundesrat*⁴¹ para la modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, la cual propondría reformar y, en su caso, intercalar los artículos 109, 109 a, 115, así como 143.d de la Ley Fundamental⁴². Ahora bien, si tal propuesta, que incluye la posibilidad de endeudamiento público, se acabará implantando plenamente es algo que todavía no podemos saber.

c) La distribución de competencias legislativas

La mayor reforma con relación a la distribución de competencias legislativas entre la Federación y los *Länder*, desde la existencia de la Ley Fundamental, tendría lugar principalmente en 2006. En las primeras décadas de la Ley Fundamental la posibilidad de implementación y ampliación del título competencial vigente de la Federación, derivada de la «cláusula de necesidad» (*Bedürfnisklausel*) del artículo 72.2 de la Ley Fundamental en su redacción antigua*, había tenido, también con cierta renuencia del Tribunal Constitucional Federal⁴³, una aplicación restrictiva, pero, no obstante, llevó a un progresivo socavamiento⁴⁴ del nivel general de competencia subsidiaria de los *Länder* y especialmente de sus parlamentos, como consecuencia igualmente de lo establecido en el artículo 70.1 de la Ley Fundamental**. La re-

⁴⁰ *Bundestagsdrucksache* 16/3885; *Bundestagsdrucksache*-Sten.Ber. 16/74, pp. 7393A y ss.

⁴¹ *Bundesratsdrucksache* 913/06 (acuerdo).

⁴² K-Drs. 174, acuerdo de 5 de marzo de 2009; Proyecto de ley de 24 de marzo de 2009, *Bundesratsdrucksache* 16/12410; *Bundesratsdrucksache* 262/09.

* (*Nota del traductor*) El artículo 72 de la Ley Fundamental en su antigua redacción se expresaba en los siguientes términos: «1.- En orden a la legislación concurrente, los *Länder* tienen la facultad de legislar en tanto en cuanto la Federación no haya hecho uso mediante ley de su facultad legislativa. 2.- Desde esta base, la Federación tiene la facultad de legislar cuando exista necesidad de reglamentación por ley federal en los siguientes casos: I) Cuando el asunto no pueda ser regulado convenientemente por la legislación de los *Länder*. II) Cuando la regulación de un asunto por ley de un *Land* pudiera afectar los intereses de otros *Länder* y los intereses generales. III) Cuando así lo requiera el mantenimiento de la unidad jurídica o económica y, sobre todo, para asegurar el mantenimiento de condiciones de vida uniformes más allá del territorio de un *Land*».

⁴³ BVerfGE 13, 230 (233 f.); resumen en retrospectiva en BVerfGE 106, 62 (136). Véase, también, DEGENHART, «Art. 72», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 54.

⁴⁴ Véase, también, BVerfGE 106, 62 (136). Si bien los gobiernos de los *Länder* pudieron, por el contrario, participar ampliamente de la legislación de la Federación por medio del *Bundesrat*.

** (*Nota del traductor*) El artículo 70.1 de la Ley Fundamental afirma que «los *Länder* tienen facultad legislativa en la medida en que la presente Ley Fundamental no la confiera a la Federación».

forma de la Ley Fundamental de 1994 intentó fortalecer las competencias de los *Länder*⁴⁵, para lo que, dentro de la legislación concurrente, se limitó la cláusula de mínimos en el nuevo artículo 72.2 de la Ley Fundamental, dándole además carácter justiciable a través del procedimiento especial de control normativo establecido en el artículo 93.1.2a. de la Ley Fundamental⁴⁶. Sin embargo, la realidad es que el alcance de la ley federal quedó en gran medida intacto, más si tenemos en cuenta que la facultad alternativa del legislador del *Land*, conforme a la previsión del artículo 72.3 (ahora 72.4)* y del artículo 125.a 2 de la Ley Fundamental, se ha hecho depender de disposición legislativa federal particular⁴⁷, aún cuando ésta en todo caso pueda ser derogada a través de resolución del Tribunal Constitucional Federal en los términos del artículo 93.2 de la Ley Fundamental.

La nueva regulación del año 2006 se ha alejado nuevamente del objetivo de fortalecer las competencias legislativas de los *Länder*, a efectos de favorecer una mayor claridad en la clasificación de las responsabilidades. De conformidad con ello, la Federación ha procedido también a un fortalecimiento y ampliación de sus competencias. Así, han sido incluidas algunas materias en la legislación exclusiva de la Federación de acuerdo a lo establecido en el ar-

⁴⁵ Las modificaciones a favor de los *Länder* de títulos competenciales individuales tenían más bien un significado secundario. La ampliación de las competencias de la Federación sería consecuencia de la aparición de los puntos 25 y 26 del artículo 74.1 de la Ley Fundamental.

⁴⁶ STURM, «Art. 93», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 60.

* (Nota del traductor) El artículo 72 de la Ley Fundamental se expresa en los siguientes términos: «1.- En orden a la legislación concurrente, los *Länder* tienen la facultad de legislar en tanto en cuanto la Federación no haya hecho uso mediante ley de su facultad legislativa. 2.- En las materias del artículo 74 apartado 1, n.º 4, 7, 11, 13, 15, 19^a, 20, 22, 25 y 26, la Federación tiene competencia legislativa en tanto en cuanto sea conveniente una regulación homogénea federal para todo el Estado, para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica. 3.- (1) Cuando la Federación haga uso de su capacidad legislativa, los *Länder* pueden adoptar por ley regulación sobre: I. Caza (sin que llegue a extenderse a la regulación del permiso de caza); II. Protección de la naturaleza y el paisaje (sin que llegue a extenderse a la regulación de principios generales de protección de la naturaleza, las especies o del medio marino). III. Distribución del suelo. IV. La ordenación del territorio. V. El régimen hidráulico (sin que llegue a extenderse a la regulación de temas referidos a sustancias e instalaciones. VI. La admisión en la Universidad y certificados universitarios. (2) Las leyes federales entrarán en vigor a los seis meses de su promulgación, salvo que no se disponga otra cosa por aprobación del Bundesrat. En las materias del punto primero la ley posterior prevalece en la relación del Derecho federal y de los *Länder*. 4.- Por ley federal puede establecerse que una regulación legislativa federal que ya no sea necesaria en los términos expuestos en el apartado dos, pueda ser sustituida por la legislación de los *Länder*».

⁴⁷ La falta de tal regulación perturba las posibilidades del proyecto de ley para la reforma del federalismo. *Bundestagsdrucksache* 16/813, p. 7.

título 73 de la Ley Fundamental⁴⁸, y, asimismo, se ha incluido una nueva competencia referida a la defensa frente al terrorismo en el n.º 9. Llegando más allá, con base en lo previsto en el artículo 74.1 de la Ley Fundamental, algunos aspectos referidos en los epígrafes n.º 27 hasta el n.º 33, que hasta ahora eran objeto de legislación marco⁴⁹, se han incluido dentro del catálogo de competencias propias de la legislación concurrente⁵⁰. Como se ve, por tanto, esta normación no ha dado lugar a ninguna reducción en las competencias legislativas exclusivas de la Federación, si bien, junto a la desaparición del artículo 74.a de la Ley Fundamental, aparecerían, en las materias competenciales del artículo 74.1, una larga fila de pequeñas restricciones⁵¹.

La reforma del federalismo ha conllevado a otros cambios decisivos en los distintos tipos de legislación de la Ley Fundamental. En este contexto, se derogarían definitivamente las previsiones previstas en 1994 con relación a las competencias marco a causa de déficit (también por razones de eficiencia)⁵² estructural⁵³. En su lugar se convertirían, en gran medida, como competencias plenas de la Federación y ahora solamente se dejarían íntegramente las relaciones jurídicas de prensa dentro de la legislación del *Land*.

Igualmente, los principios que rigen la legislación de tipo concurrente han sido reformados de modo considerable. Cabe decir que, ciertamente, la cláusula de mínimos del artículo 72.2 de la Ley Fundamental, perfilada en 1994, se había puesto en el ojo del huracán desde el momento en que el Tribunal Constitucional Federal había hecho valer su función de control restringiendo

⁴⁸ Lo dicho tiene validez, sobre todo, por un lado, con relación al artículo 73.1 I n.º 3 y 5a de la Ley Fundamental, cuestiones sobre las que la Federación, anteriormente, sólo tenía un margen de competencia en el marco de lo establecido por el artículo 75 n.º 5 y 6 de la Ley Fundamental (antigua redacción), y, por otro lado, con relación al artículo 73.1 n.º 12 hasta el n.º 14 de la Ley Fundamental, disposiciones que antes formaban parte de la legislación concurrente, en los términos del artículo 74.1 n.º 4.a, 10 y 11.a de la Ley Fundamental (antigua redacción).

⁴⁹ Lo dicho tiene validez tanto para el artículo 73.1 n.º 28 hasta el n.º 32 de la Ley Fundamental, como para el anterior artículo 75.1 n.º 3 y 4 de la Ley Fundamental. Por otro lado, con relación al artículo 73.1 n.º 27 y n.º 33, el fortalecimiento de competencias iría acompañado de una restricción en cuanto al contenido frente al anterior artículo 75.1 n.º 1, 1.a de la Ley Fundamental.

⁵⁰ Compárense, por ejemplo, el artículo 74.1. n.º 19, 20, 22, 24 y 26 de la Ley Fundamental.

⁵¹ Compárense, n.º 1, 3, 7, 11, 17, 18 y 24.

⁵² Exposición de motivos del Proyecto de ley de reforma, *Bundestagsdrucksache* 16/813, p. 8.

⁵³ Junto al artículo 75, también se suprimiría el artículo 98.3, inciso segundo de la Ley Fundamental (antigua redacción). Por otro lado, sin embargo, quedarían intactas las competencias legislativas fundamentales, conforme al artículo 109.3 y 140 de la Ley Fundamental en conexión con el artículo 138.1.2 de la Constitución de Weimar de 1919.

el margen de maniobra de la Federación a este respecto⁵⁴. De hecho, con relación a las consecuencias de esta línea de actuación, se afirma en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley para la reforma del federalismo: «Los criterios que han sido concretados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal también se muestran (...), en orden a las materias determinadas en el catálogo de competencias (...), como obstáculos (...), de aquellos aspectos que, según criterio conforme de la Federación y los *Länder*, no se requiere de un control del nivel de necesidad de la regulación legislativa federal»⁵⁵. Y de conformidad con ello, sería limitada la cláusula en el ámbito del artículo 74.1, n.º 4, 7, 11, 13, 15, 19.a, 20, 22, 25 y 26 de la Ley Fundamental, mientras que las demás materias del artículo 74.1 de la Ley Fundamental, a partir de ahora, se podrían regular por el legislador federal, sin necesidad de mayores exigencias materiales como en el marco de la legislación exclusiva de la Federación.

El nuevo artículo 72.3 de la Ley Fundamental abre, sin embargo, la posibilidad de los *Länder* de una «legislación derivada» (*Abweichungsgesetzgebung*)⁵⁶, por la que los *Länder* también pueden aprobar leyes después y en cuanto la Federación haya dictado una regulación legal⁵⁷. De las seis materias que de antiguas competencias-marco han sido incluidas en el círculo de competencias plenas de la Federación, conforme al artículo 74 de la Ley Fundamental, solamente la mitad han sido integradas como competencias derivadas de los *Länder*, mientras que, por otro lado, las otras tres materias, quedan excluidas expresamente de una desviación y derivación a los *Länder* en lo que se refiere a una perfilación de los principios básicos (*abweichungsfeste Kerne*) de la legislación federal⁵⁸. Cabe así, de conformidad con el artículo 72.3 de la Ley Fundamental, una normativa de perfilación o divergente de los *Länder*, y caso de que se produzca una posterior regulación de la Federación sobre la

⁵⁴ Primero de una forma elemental, en relación con el tema de cuidados de ancianos (BVerfGE 106, 62 [135]); después, ya con fundamentación de inconstitucionalidad (BVerfGE 110, 141 [174]). Respecto al § 143 I del Código Penal alemán (StGB), con relación a los perros de pelea, y, yendo más allá, en el contexto del grado de necesidad de la ley marco de normativa universitaria (BVerfGE 111, 226 [252], [265]; 112, 226 [242]). La implementación de la cláusula de necesidad se ha perfilado en BVerfGE 109, 190 (229); 113, 167 (197); 114, 196 (222 f.); 119, 59 (82), y de una manera más abierta en BVerfGE 112, 216 (222). Con respecto a la resolución sobre los horarios comerciales, véase BVerfGE 110, 10 (28).

⁵⁵ Exposición de motivos, n.º 5.a, *Bundestagsdrucksache* 16/813, p. 11.

⁵⁶ Exposición de motivos del Proyecto de Ley de reforma, n.º 5.b, *Bundestagsdrucksache* 16/813.

⁵⁷ Lo cual tiene validez también en el marco del artículo 125.b. 1.3 de la Ley Fundamental.

⁵⁸ Exposición de motivos del Proyecto de Ley de reforma, n.º 5.b, *Bundestagsdrucksache* 16/813, p. 11. Véase, DEGENHART, «Art. 72», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 43, quien habla, más bien de sectores o materias expresamente excluidas.

misma cuestión, ésta debe cumplir, en principio, una moratoria en orden a su entrada en vigor, por lo que es factible, según el inciso tercero del precepto, la adopción de una nueva ley del *Land*. Y esto no supondría una revocación del Derecho precedente, sino una primacía en orden a la aplicación, de modo que la abrogación de la norma precedente podría suponer nuevamente la aplicación de la norma sustituida⁵⁹.

d) Necesidad de autorización de leyes federales

Otra cuestión de interés de la reforma del federalismo estaba en reducir la necesidad de aprobación del *Bundesrat* con relación a las leyes federales, y que, antes de la reforma, afectaba a casi las dos terceras partes de las leyes federales⁶⁰; en particular, cuando, por ejemplo, se hubieran suscitado mayorías opuestas de partidos políticos en el *Bundestag* y en el *Bundesrat*, ya que en ese tipo de situaciones se ha podido ver el peligro de un bloqueo o de realización de presión para lograr acuerdos en orden a cuestiones de pequeño calado.

Sin embargo, la profundidad de las modificaciones de la Ley Fundamental con respecto a este tema ha sido limitada y se ha concentrado en la reforma del artículo 84 de la Ley Fundamental, el cual sería considerado como el más relevante en orden al tema de requerir autorización de leyes federales⁶¹. Hay, empero, alguna cuestión referida a la necesidad de inquirir autorización que, en ciertos casos, ha sido ampliada a favor del *Bundesrat* a través de la reforma⁶², como en el caso de leyes federales que supongan obligaciones para los *Länder* de tipo dinerario o asunción de costes, en los términos del artículo 104.a 4 de la Ley Fundamental en su nueva redacción.

De hecho, en cierto modo, se reincide y se perfila la necesidad de aceptación del *Bundesrat* para leyes federales en muchos de los casos establecidos en el artículo 84.1 de la Ley Fundamental. Ahora bien, hay que decir que el hecho del reconocimiento de la capacidad del legislador federal de intervenir en las posibilidades de normación de los *Länder* en cuestiones de su Administración pública y de tipo procedimental administrativo⁶³ había sido precisamente la principal causa de que muchas veces se tuviese que instar

⁵⁹ DEGENHART, «Art. 72», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 40.

⁶⁰ Véase, sobre ello, SACHS, Michael, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 58, 1999, pp. 39, 57 y 60.

⁶¹ Compárese SACHS, Michael, *Ibidem*, pp. 39 y 61.

⁶² Así, se encuentran nuevas cuestiones que requieren de aprobación del *Bundesrat* en los artículos 73.2, 74.2 (74.1. n.º 27), 109.5, 143.c 4, de la Ley Fundamental.

⁶³ Para una mayor comprensión de este concepto, DITTMANN «Art. 84», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 7 y ss.

autorización a tal efecto⁶⁴, aún cuando, en realidad, sólo se debía haber hecho uso de esta alternativa en los momentos en que realmente hubiera sido necesario para eludir los siempre muy criticados bloqueos políticos sin reforma constitucional⁶⁵.

La nueva regulación pasa por esta cuestión, no obstante, sin reducir el margen de actuación de la legislación federal en orden a la Administración de los *Länder*, y, de hecho, han quedado intactas las competencias federales en esta materia, quedando por lo demás exonerado el legislador federal de la obligación de ratificación del *Bundesrat*, si bien, a la manera de forma de compensación, se ha previsto paralelamente, en ciertos casos, que, cuando el tema a tratar sea una cuestión que deba ser objeto de legislación de rango federal, quepa su tratamiento a la manera prevista para casos de «legislación derivada» (cfr. punto C). Desde esta perspectiva, como ya venía sucediendo hasta ahora, la respectiva regulación de determinación y fijación de principios es posible llevarla a cabo a través de la pertinente aquiescencia del *Bundesrat*, si bien solamente en casos excepcionales y por motivos especiales, de conformidad con lo que establece el artículo 84.1.5 de la Ley Fundamental. Si, de acuerdo a la «cláusula de necesidad», antigua versión del artículo 72.2 de la Ley Fundamental, esta posibilidad es o no de carácter justiciable⁶⁶, es cuestión que se sabrá con el tiempo.

III. Tendencias en la doctrina del Tribunal Constitucional Federal desde 1999

La cantidad de resoluciones importantes del Tribunal Constitucional federal en los últimos diez años ha sido inmensa. En la literatura científica se hace alusión a en torno cien de ellas como «resoluciones modelo» (*Leitentscheidungen*)⁶⁷, que, asimismo, son consideradas en los estudios científicos como material ineludible de estudio y reflexión⁶⁸. Algunas, incluso, han llegado a producir situaciones políticas embarazosas, como cuando se dio la situación de la segunda Cuestión de Confianza del Canciller Schröder⁶⁹, o cuando se han producido exigencias demandadas por amplios sectores de la

⁶⁴ Véase, principalmente, BVerfGE 37, 363 (382). En relación con los límites, véase, BVerfGE 114, 96 (224). En detalle, DITTMANN «Art. 84», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 24.

⁶⁵ En detalle, SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., p. 61.

⁶⁶ Restrictivamente, por ejemplo, DITTMANN «Art. 84», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota n.º 21.

⁶⁷ Compárese al respecto la lista en SACHS, Michael, (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 15;

⁶⁸ Esto es observable en la revista *Juristische Schulung*, siendo aún más evidente en los últimos diez años.

⁶⁹ BVerfGE 114, 121 y ss.

población, como la llamada ayuda por gastos de viaje por transporte al lugar de trabajo (*Entfernungspauschale*)⁷⁰ o por el consumo de tabaco en bares y restaurantes para no fumadores (*Nichtraucherstätten*)⁷¹, o también cuando se ha tenido que hacer frente a situaciones de interés de otros grupos sociales menores como la posibilidad de inscripción de parejas de hecho⁷² o de personas transexuales⁷³. Por otro lado, como grupo aparte a resaltar, hay asimismo aún bastantes resoluciones relativas a la superación de las consecuencias de la Reunificación, sobre todo con relación a la equiparación de desigualdades⁷⁴, como, por ejemplo, con relación a la situación de transición del régimen jurídico⁷⁵, en particular en orden al cambio del sistema de prestación social⁷⁶, y, llegando más allá, también con relación a algunos tipos de normativa especial derivada de la reunificación⁷⁷.

En este punto debemos, no obstante, realizar también una referencia general a otras cuestiones relativas a la organización jurídica del Estado (*Staat-sorganisationsrecht*) y a los derechos fundamentales, que han sido especialmente perfiladas por la jurisprudencia del Tribunal en la última década, y que se refieren sobre todo a aspectos de índole nacional, dificultades con respecto a la libertad religiosa y, particularmente, de la relación entre los conceptos de libertad y seguridad.

⁷⁰ BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, 48 y ss.

⁷¹ BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, 2409 y ss.

⁷² BVerfGE, 105, 313 (342 y ss.).

⁷³ BVerfGE, 115, 1 y ss., con relación al derecho al nombre en el matrimonio; BVerfGE 116, 243 y ss., con relación a los transexuales extranjeros; BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, 2409 y ss., con relación a la continuidad del matrimonio a partir de la transexualidad.

⁷⁴ BVerfGE 101, 239 y ss., sobre la denominada «exclusión de restitución o devolución» (*Restitutionsausschluss*); BVerfGE 101, 275 y ss., sobre la rehabilitación penal del preso en rebeldía; BVerfGE 102, 254 y ss., sobre la indemnización por expropiación tras la reunificación; BVerfGE 104, 74 y ss., sobre la «expropiación directa» de terrenos de alquiler; BVerfGE 112, 1, también sobre la cuestión de las expropiaciones en la zona de ocupación soviética (*Sowjetische Besatzungszone*).

⁷⁵ BVerfGE 101, 54 y ss., sobre la Ley de adaptación del Derecho de obligaciones (*Schuldrechtsanpassungsgesetz*). Véase, también, BVerfGE 103, 310 y ss., sobre la deducción del sueldo según la antigüedad por realización de funciones en el antiguo Ministerio de Seguridad del Estado de la RDA.

⁷⁶ BVerfGE 102, 41 y ss., sobre la diferenciación en la cuantía de rentas de víctimas de guerra; BVerfGE 104, 126 y ss., sobre la finalización de pensiones especiales; BVerfGE 11, 115 y ss., sobre la conversión de pensiones especiales y complementarias; BVerfGE 112, 368 y ss., sobre la conversión de las pensiones existentes; BVerfGE 117, 302 y ss., sobre la fuerza de validez de los actos administrativos de la RDA en el marco de los seguros de accidentes.

⁷⁷ BVerfGE 107, 133 y ss., sobre la rebaja de tarifas en el Este para abogados; BVerfGE 107, 218 y 257, sobre la retribución de funcionarios en el Este.

1. Resoluciones relativas a la organización jurídica del Estado

a) Principios estructurales del Estado

El artículo 20 de la Ley Fundamental sienta las bases de todo el orden y la organización estatal, determinando la implementación jurídica del concepto del principio democrático, sobre todo con relación a la legitimación democrática de órganos especiales a través del pueblo y en relación con áreas pre-determinadas de cumplimiento de obligaciones públicas⁷⁸.

b) Partidos políticos

En relación a los partidos políticos la cuestión radicaba en resolver el tema de las consecuencias por irregularidad en las cuentas o en la financiación del partido⁷⁹, además se declararía la inconstitucionalidad de la discriminación de los pequeños partidos a través del llamado *Drei-Länder-Quorum* del párrafo 18.IV de la Ley de Partidos⁸⁰ (*Parteiengesetz*)*. Particularmente destacado era también el caso del procedimiento para la ilegalización del *Nationaldemokratischen Partei Deutschlands* (NPD), en el que la solicitud de parte alegando un impedimento procesal no subsanable no pudo ser rechazada con la mayoría necesaria⁸¹. En este caso, la intervención determinante de confidentes e infiltrados policiales (*V-Leuten*) en los propios círculos de dirección del NPD se vería como una realidad indeclinable y, finalmente, el NPD ha continuado bajo la protección de las prerrogativas reconocidas a los partidos.

c) Órganos constitucionales

En relación con los órganos constitucionales ha sido sobre todo el *Bundestag* la institución que ha estado en el centro de atención. Varias cosas se

⁷⁸ BVerfGE 107, 59 (86), con relación a las Juntas de aguas (Wasserverbände) en Renania del Norte-Westfalia. Sobre ello, en detalle, SACHS, Michael, «Art. 20», en el mismo, *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 35 y 44.

⁷⁹ BVerfGE 111, 54.

⁸⁰ BVerfGE 111, 382 (397).

* (*Nota del traductor*). La sentencia versa sobre las bases mínimas de igualdad en la competencia política. Según la sentencia del Tribunal Constitucional federal (BVerfGE 111, 382), en vigor desde el año 2005, el párrafo 18.IV quebrantaba este principio por cuanto establecía una distribución de fondos públicos para la financiación de partidos lesiva con el artículo 21 de la Ley Fundamental. El Drei-Länder-Quorum establecía que un partido que no hubiera logrado al menos el 0,5% de los votos emitidos en las elecciones, bien fueran al Bundestag o al Parlamento europeo, podrían acceder a la cuota de fondos públicos para su financiación cuando, al menos, hubiera llegado a un total del 1% de los votos en las últimas tres elecciones regionales, o en uno de ellos llegando al 5%.

⁸¹ BVerfGE 107, 339 (356).

pueden reseñar en alusión a este tema. En primer lugar, respecto al sistema electoral⁸², el Tribunal Constitucional Federal ha reseñado hace relativamente poco que la regulación de la Ley Federal Electoral (*Bundeswahlgesetz*) podía conducir a un peso del sufragio negativo y, por lo tanto, contradictorio con los principios del Derecho electoral⁸³. Mientras la eliminación de esta deficiencia debía ser materializada tras las siguientes elecciones, se intrincó esta cuestión con la resolución sobre la inadmisibilidad de la utilización de medios electivos electrónicos⁸⁴, que se pretendía plantear en orden a la elecciones al *Bundestag*. En segundo lugar, en relación con los derechos de los diputados⁸⁵, como la revocación de la prerrogativa de inmunidad⁸⁶ y las posibilidades de autorización de registro e incautación, han sido igualmente cuestiones perfiladas en el *Bundestag*⁸⁷. La nueva normativa sobre el ejercicio de la función de diputado y sobre la obligación de publicidad y publicación del cargo se saldaría con un empate de votos⁸⁸. En tercer lugar, hay que citar la revalidación de los derechos de los partidos minoritarios para casos de presentación y registro de pruebas en comisiones de investigación⁸⁹.

Los temas del Presidente de la República Federal (*Bundespräsident*) y el Gobierno Federal (*Bundesregierung*), como cuestiones aparte, han sido aspectos raramente tratados por el Tribunal Constitucional Federal. Después de la cuestión de confianza al Canciller Federal Schröder y la subsiguiente disolución del *Bundestag*, el Tribunal Constitucional decidió —como cuando la cuestión de confianza al Canciller Kohl⁹⁰—, que se exigieran ciertos requisitos de carácter material⁹¹, si bien, sin embargo, sin hacer excepción alguna en lo que se refiere a cuestiones de control⁹². Pero, por otra parte, el Tribunal ha actuado de un modo dispar y ralo en el caso del *Bundesrat*. Este caso llamaba

⁸² Véase, además, frente a la cláusula del 5% de las elecciones municipales, BVerfGE 120, 82 (Con relación a Schleswig-Holstein).

⁸³ BVerfGE, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2008, BvC 3, 4/07.

⁸⁴ BVerfGE, resolución de 3 de marzo de 2009, 2 BvC 3, 4/07.

⁸⁵ Aparte, en relación al procedimiento por conflicto entre órganos de los *Länder* (Turin-gia), resolvió sobre la admisibilidad limitada de la asignación de funciones extras para los diputados de un *Landtag* (BVerfGE 102, 224).

⁸⁶ BVerfGE 104, 310 (325 y ss, 331 y ss).

⁸⁷ BVerfGE 108, 251 (268 y ss). Sobre el complejo tratamiento de esta cuestión con relación al recurso de amparo (Verfassungsbeschwerde), véase SACHS, Michael, *Juristische Schulung*, 2004, 71 (72).

⁸⁸ BVerfGE 118, 277 (323 y ss, 352 y ss), con referencia también de la opinión de los jueces en minoría.

⁸⁹ BVerfGE 105, 197 (221 y ss).

⁹⁰ BVerfGE 62, 1 (36).

⁹¹ Cuestión que se ha criticado igualmente y con insistencia en el voto particular de Lübbecke-Wolf. BVerfGE 114, 121 (182 y ss).

⁹² BVerfGE 114, 121 (147 y ss).

la atención en tanto derivaba de sí, a pesar de las posiciones encontradas entre un miembro del Gobierno del *Land* y el Presidente del *Land* (*Ministerpräsidenten*) en una votación, podía ser ésta dada por válida a efectos de considerar el posicionamiento en bloque del *Land* de Brandeburgo*. Empero, esta postura no encontraría la aprobación por parte del Tribunal Constitucional Federal⁹³.

d) Funciones del Estado

En relación con la legislación se han tratado sobre todo temas de distribución de competencias. Junto a las ya citadas cuestiones referidas al artículo 72.2 de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional había aclarado con detalle la significación última de la regulación de la normativa federal⁹⁴. En este tema cabe recordar algunas situaciones destacables. En primer lugar, hay que recordar cómo causó sensación especialmente la resolución relativa a los horarios comerciales (*Ladenschluss*), que posibilitaba, de conformidad con el artículo 125.a 2 de la Ley Fundamental, la continuidad del Derecho federal al respecto⁹⁵. En segundo lugar, hay que recordar también que ciertamente han sido frecuentes los llamamientos del Tribunal Constitucional Federal para tratar de demarcar el alcance de materias competenciales⁹⁶. En tercer lugar, en lo que se refiere a la cuestión del procedimiento legislativo federal, hay que destacar, asimismo, que se perfilarían matices importantes relativos a las Comisiones de Mediación (*Vermittlungsausschusses*), las propuestas de media-

* (*Nota del traductor*). La sentencia (de 18 de diciembre de 2002), entre otras cuestiones, trata el tema de sí, a pesar de que el artículo 51.3 de la Ley Fundamental exige la emisión en votación de los miembros del Bundesrat representantes de un *Land* en forma unitaria, cabe asumir tal votación en bloque aún cuando hubiera existido discrepancia o posiciones contrarias entre los mismos representantes de un *Land*.

⁹³ BVerfGE 106, 310 (329 y ss) con la, al, menos plausible opinión de Osterloh y Lübbecke-Wolf, p. 337 y ss. Y de este modo se malograría la aprobación de la controvertida Ley de Inmigración (*Zuwanderungsgesetz*).

⁹⁴ Compárese BVerfGE 109, 190 (229), sobre la posibilidad de arresto preventivo, de conformidad con el Código Penal; BVerfGE 113, 348 (371), en relación a las instalaciones de telecomunicación de conformidad con el Código de Enjuiciamiento Criminal (*Strafprozessordnung*).

⁹⁵ BVerfGE 110, 10 (28).

⁹⁶ Véase, principalmente, BVerfGE 110, 313 (368 y ss), en relación al artículo 73.1 de la Ley Fundamental; BVerfGE 109, 190 (211 y ss), en relación al artículo 74.1.1 de la Ley Fundamental; BVerfGE 108, 186 (211 y ss), en relación al artículo 73.1.7 de la Ley Fundamental; BVerfGE 103, 197 (215 y ss), en relación al artículo 73.1.11 de la Ley Fundamental; BVerfGE 109, 96 (109); 113, 167 (195), en relación al artículo 73.1.12 de la Ley Fundamental; BVerfGE 106, 62 (104), en relación al artículo 73.1.19 de la Ley Fundamental; BVerfGE 110, 142 (170 ff.), respecto al artículo 74.1.20 de la Ley Fundamental; BVerfGE 110, 370 (384 y ss.), respecto al artículo 74.1.24 de la Ley Fundamental.

ción (*Vermittlungsvorschlags*)⁹⁷ y, asimismo, de los requisitos de constitución de la Cámara, para dar mayor cumplimiento del principio de mayoría y lograr dar un mayor reflejo del espectro político de la cámara⁹⁸. En cuarto lugar, cabe señalar que sería admitida finalmente la práctica de separar las fases en orden a la tramitación de proposiciones de ley, diferenciando la parte formal material de la parte de tramitación sujeta a la aprobación del *Bundesrat*⁹⁹. En quinto y último lugar hay que recordar el fallo respecto al artículo 80 de la Ley Fundamental, en relación a la modificación de decretos leyes¹⁰⁰ (*Rechtsverordnungen*) a través de ley¹⁰¹.

En lo que se refiere al ámbito de la Administración, se ha producido una reiterada partición de competencias entre el Estado y los *Länder*¹⁰². Se puso de relieve la inconstitucionalidad de la comprensión de las asociaciones laborales como formas de administración mixta, en el denominado caso Hartz IV¹⁰³, tema sobre el que, dicho sea de paso, se produjo una importante discusión hasta el punto de que las noticias en prensa finalmente paralizaron la posibilidad de una reforma constitucional al efecto. Asimismo, en el contexto de la Hacienda Pública se pueden citar las importantes decisiones referidas al Derecho constitucional presupuestario (*Haushaltsverfassungsrecht*)¹⁰⁴, Derecho tributario¹⁰⁵ y sobre las relaciones financieras del Estado federal¹⁰⁶.

⁹⁷ Respecto a la anterior jurisprudencia, véase, BVerfGE 101, 297 (306 y ss.); 120, 56 (73).

⁹⁸ BVerfGE 112, 118 (133).

⁹⁹ BVerfGE 105, 313 (338).

¹⁰⁰ BVerfGE 114, 196 (234 y ss).

¹⁰¹ BVerfGE 101, 1 (41 y ss).

¹⁰² Compárese, sobre todo, BVerfGE 104, 249 (264), sobre las posibilidades de la Federación en el marco de la Administración delegada; BVerfGE 110, 33 (47), respecto a las posibilidades de configuración de la Administración federal directa; BVerfGE 102, 167 (172), respecto al artículo 90.2 de la Ley Fundamental; BVerfGE 104, 238 (247 y ss), sobre la falta de competencia de los Länder en orden al almacenamiento definitivo de residuos radioactivos; BVerfGE 108, 370 (392), respecto al monopolio postal tras la privatización; BVerfGE 113, 167 (200), respecto a las posibilidades de configuración de la organización de la Seguridad Social.

¹⁰³ BVerfGE 119, 331(361 y ss).

¹⁰⁴ BVerfGE 119, 96.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, BVerfGE 105, 135; 108, 186; 110, 274; 113, 128; 120, 125; BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, n.º 48; BVerfG, resolución de 3.2.2009, 2 BvL 54/06, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2009, 375. Véase, también, en este sentido, sobre el artículo 3.1 de la Ley Fundamental, notas a pie n.º 116 y 117.

¹⁰⁶ Sobre la cuestión de la compensación financiera de los Länder, véase, BVerfGE 101, 158 y 116, 327; BVerfGE 116, 271. En referencia a la implementación del Derecho comunitario, así como a las posibilidades de compensación por asunción de riesgos estructurales por cobertura de seguro médico, BVerfGE 113, 157. Finalmente, respecto a las ayudas al mercado de productos agrícolas, véase, BVerfG, resolución de 14.10.2008, 1 BvF 4/05, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2009, 178 y ss.

2. Resoluciones relativas a los derechos fundamentales

En relación a los derechos fundamentales no se pueden dejar de apuntar ciertas significativas resoluciones, cuya riqueza solamente puede ser brevemente esbozada aquí.

a) Teoría general de los derechos fundamentales

De modo lógico, el número de fallos referidos a la dogmática de los derechos fundamentales generales es ciertamente limitado. Aquí hay que hacer referencia especialmente a las resoluciones sobre algunas situaciones de ingerencia de institutos gubernativos y, paralelamente, hay que hablar también de la cobertura legal frente a éstas¹⁰⁷. En este sentido, es reseñable la resolución sobre la exigencia de reserva de ley para la delimitación de los derechos fundamentales (*Zitiergebot*)¹⁰⁸, donde se dejaba entrever un cambio de tendencia en orden a la forma de ver la tradicional desidia institucional respecto a la implementación del artículo 19.2 de la Ley Fundamental, y que llevaría a una ampliación muy importante del efecto de protección de los derechos reconocidos a las personas jurídicas¹⁰⁹.

b) Derechos fundamentales individuales

En las decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre derechos y libertades individuales se deriva un panorama muy rico de situaciones problemáticas e intereses para la garantía de los derechos fundamentales. En orden al artículo 1.1 de la Ley Fundamental, y al margen del contexto de la seguridad (vid. Punto 5), hay que destacar las resoluciones relativas a los denominados casos «Benetton» sobre publicidad lesiva a la dignidad del hombre¹¹⁰, la extraña decisión –concerniente al derecho al libre desarrollo de la personalidad– referida al carácter de ilícito penal del incesto entre hermanos¹¹¹, la decisión sobre el carácter secreto de las pruebas de paternidad¹¹², el

¹⁰⁷ BVerfGE 105, 252 (265), (caos Glykol) sobre el artículo 12.1 de la Ley Fundamental y BVerfGE 105, 279 (292) (caso Osho) sobre el artículo 4.1; con posterioridad, por ejemplo, BVerfGE 113, 63 (76), respecto al informe de protección constitucional de la libertad de prensa.

¹⁰⁸ BVerfGE 113, 348 (365).

¹⁰⁹ Ciertamente también de los propios organismos de radio-comunicación, en cuanto se protege el desarrollo de la actividad al servicio de la libertad de radiodifusión, y flanqueado, asimismo, por la garantía judicial del artículo 19.4 de la Ley Fundamental. Véase, al respecto, BVerfGE 107, 299 (310).

¹¹⁰ BVerfGE 102, 347 (366); BVerfGE 107, 275 (283), donde era sopesado el alcance de la dignidad del hombre como límite de la libertad de expresión del pensamiento.

¹¹¹ BVerfGE 120, 224 (238 y ss).

¹¹² BVerfGE 117, 202 (224 y ss).

curioso fallo respecto a la imposición coactiva del trato parental¹¹³, y, finalmente, sobre las posibilidades de delimitación del artículo 10 de la Ley Fundamental en situaciones de utilización de aparatos de escucha¹¹⁴.

En cuanto al artículo 3.1 de la Ley Fundamental son interesantes los fallos referidos a la tributación de rentas y pensiones¹¹⁵, sobre la llamada ecotasa (*Ökosteuer*)¹¹⁶ y sobre la estimación del impuesto de sucesiones¹¹⁷, así como, también, particularmente, la decisión referida a los cambios de la política de asilo¹¹⁸. En cambio, en cuanto a la igualdad de derechos entre sexos, en relación con el artículo 3.2 y 3 de la Ley Fundamental, se encuentran resoluciones que ponen ciertos reparos a la posibilidad de hacer mención explícita al sexo en la ley¹¹⁹; esa misma línea se detecta en el fallo relativo al cumplimiento de las penas privativas de libertad¹²⁰; a veces, paralelamente, se hallan decisiones que abogan por una implementación de hecho y amplia de la igualdad de derechos entre sexos¹²¹, también en lo que se refiere a la denominada discriminación indirecta¹²².

Respecto al artículo 5.1 de la Ley Fundamental, aparte de las resoluciones sobre los casos «Benetton», asimismo sería importante la constatación de que, también, a veces en una simple expresión ambigua puede haber una pretensión omisional¹²³. También hay que citar, sobre la libertad de prensa, el caso «Cicero» que recordó en cierto modo al caso «Spiegel»¹²⁴, de la misma manera que el caso «Esra», referido a la libertad artística, respecto a la muy conocida resolución «Mephisto»¹²⁵. Por otra parte, en cuanto a la cuestión de la libertad científica sería (solamente) aceptada la evaluación de materiales

¹¹³ BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, 1287 (1290).

¹¹⁴ BVerfGE 106, 28 (35).

¹¹⁵ BVerfGE 105, 73 (110).

¹¹⁶ BVerfGE 110, 274 (291).

¹¹⁷ BVerfGE 117, 1 (30).

¹¹⁸ BVerfGE 116, 229 (237).

¹¹⁹ BVerfGE 114, 357 (364) sobre la preferencia de los niños con madre con permiso de residencia respecto a los niños con padre en iguales circunstancias.

¹²⁰ Así, finalmente, BVerfG (K), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, 661. Véanse, también, los párrafos 80 y 142 de la Ley de ejecución de medidas privativas de libertad y de medidas de prevención y seguridad en el cumplimiento de las penas (Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung).

¹²¹ Así, BVerfGE 109, 64 (89), frente a las situaciones fácticas adversas que se producen en situaciones de contratación en caso de prestaciones obligatorias excesivas por parte del empresario en casos de maternidad. Véase, también, BVerfG (K), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 137 y ss., respecto a la interpretación del párrafo 611 del Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch).

¹²² BVerfGE 104, 373 (393); 97, 186 (197); BVerfGE 113, 1 (15); BVerfG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2008, 987 (988).

¹²³ BVerfGE 114, 317 (348). Asimismo, recuérdese el llamativo caso «Dummschwätzer», BVerfG (K), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, 749.

¹²⁴ BVerfGE 117, 244 y ss, conforme a BVerfGE 20, 162 y ss.

¹²⁵ BVerfGE 119, 1 (20 y ss), conforme a BVerfGE 30, 173 ff.

para la investigación científica¹²⁶. En conexión con el artículo 8 de la Ley Fundamental, apareció incluso una decisión de la Sala para dirimir las diferencias entre el Tribunal Contencioso-Administrativo Superior (*Oberverwaltungsgericht*) de Renania del Norte-Westfalia y una de las cámaras del Tribunal Constitucional Federal en torno a la prohibición de ciertas asociaciones de carácter neonazi¹²⁷. En este sentido, cabe apostillar que la limitación –ciertamente cuestionable desde un punto de vista democrático-funcional– del concepto de libertad de reunión quizás dé de que hablar a la larga¹²⁸.

Asimismo, se encuentran resoluciones reseñables respecto al artículo 6 de la Ley Fundamental, referidas a la protección del matrimonio y la familia en el Derecho fiscal (de conformidad con el propio artículo 6.1 de la Ley Fundamental)¹²⁹, los derechos parentales del padre de un hijo nacido extramatrimonial (de acuerdo a lo establecido en el artículo 6.2 de la Ley Fundamental)¹³⁰, la obligación del empresario respecto de la paga por maternidad (de acuerdo al artículo 6.4)¹³¹, y respecto a la asignación asistencial para niños nacidos fuera del matrimonio (de acuerdo al artículo 6.5 de la Ley Fundamental)¹³². En relación con el artículo 7 de la Ley Fundamental, por otra parte, cabe decir que lo más destacado es el caso referido al acuerdo sobre la asignatura escolar denominada «Concepciones y formas de comprensión ético-religiosas» (*Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde*) en Brandeburgo¹³³.

Dentro del contexto económico básico del artículo 9.3 de la Ley Fundamental hay que citar el fallo relativo al derecho a la negociación colectiva laboral¹³⁴. Por otra parte, respecto a las muchas resoluciones sobre el artículo 12.1 de la Ley Fundamental¹³⁵, han sido notables las decisiones referidas a

¹²⁶ BVerfGE 111, 333 (358).

¹²⁷ Compárese BVerfGE 111, 147 (154). Véase así, por ejemplo, HÖFLING, «Art. 8», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 59.b.

¹²⁸ BVerfGE 104, 92 (104); también, nuevamente, BVerfGE 111, 147 (154). Por el contrario, más en detalle, SACHS, Michael, en STERN, Klaus, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 1204 y ss. Con referencias adicionales.

¹²⁹ BVerfGE 108, 351 (363 y ss.); 112, 268 (279 y ss.).

¹³⁰ BVerfGE 107, 150 (168 y ss.); 108, 82 (99 y ss.).

¹³¹ BVerfGE 109, 64 (84 y ss.).

¹³² BVerfGE 118, 45 (62 y ss.).

¹³³ Véase la propuesta de acuerdo en BVerfGE 104, 305. En relación a la tramitación, véase, BVerfGE 106, 210.

¹³⁴ BVerfGE 116, 202 (217 y ss.). Véase, también, la regulación de algunas cuestiones tocantes a este tema en la denominada Ley de Vacaciones (*Urlaubsgesetz*), BVerfGE 103, 293 (304 y ss.).

¹³⁵ Véase, además, por ejemplo, BVerfGE 101, 312 y ss. (§ 13 del Reglamento profesional de la abogacía [*Berufsordnung der Rechtsanwälte*] de 10 de diciembre de 1996); BVerfGE 102, 264 y ss. (Producción de células madre); BVerfGE 103, 1 y ss. (Habilitación para el ejercicio de la abogacía); BVerfGE 103, 72 (límite de edad y requisitos de admisibilidad para médicos dentro del servicio de la Seguridad Social); BVerfGE 107, 186 (Servicio de vacación); BVerfGE 108, 370 y ss. (Monopolio del servicio postal); BVerfGE 110, 141 (Perros de pelea); BVerfGE 115, 205 (229 y ss.) (Secretos comerciales).

los juegos de azar (*Glückspiels*)¹³⁶, al horario de apertura al público¹³⁷ y a la prohibición de fumar en restaurantes¹³⁸. En cuanto al artículo 14 de la Ley Fundamental, se han de citar las resoluciones sobre las posibilidades de responsabilidad por contaminación y residuos¹³⁹ y sobre el deber de protección estatal de seguros de vida¹⁴⁰.

Respecto a la inviolabilidad domiciliaria, recogida en el artículo 13.2 de la Ley Fundamental, y las medidas de privación de libertad, establecidas en el artículo 104.2 de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal tuvo que incidir en la facultad judicial a tales efectos, también en lo que se refiere a la necesidad de atribución competencial suficiente del tribunal¹⁴¹. Por otra parte, en cuanto al artículo 19.4, se aclararía, por decisión del Pleno, que la jurisprudencia no emana del poder público en sentido estricto, sino que se comprende como el fruto de una labor de revisión judicial de fallos judiciales que, en casos de lesión, posibilitan el trámite de audiencia acorde a la forma de comprensión del derecho de tutela judicial estatal¹⁴². Finalmente, también, hay que citar el fallo sobre el denominado procedimiento reservado (*in camera*), a través del cual se llevó a cabo una merma de la garantía de audiencia¹⁴³.

3. Las resoluciones con efecto supranacional

El efecto de interdependencia europea e internacional con respecto al ámbito diferenciado del Derecho nacional ha sido también una cuestión que ha tratado el orden jurisdiccional constitucional. Desde esta perspectiva, se han hecho sentir un importante número de novedosas interconexiones en las últimas décadas¹⁴⁴.

¹³⁶ Sobre los casinos, véase BVerfGE 102, 197 (212 y ss.), y sobre apuestas deportivas, BVerfGE 115, 276 (300).

¹³⁷ BVerfGE 111, 10 (28 y ss.). Sobre la situación especial de las farmacias, véase BVerfGE 104, 357 (364 y ss.).

¹³⁸ BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, 2409 (2410 y ss.).

¹³⁹ BVerfGE 102, 1 (14).

¹⁴⁰ BVerfGE 114, 1 y 73.

¹⁴¹ BVerfGE 103, 142 (150 y ss.). Posteriormente, véase, BVerfG (K), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 1338, y BVerfGE 105, 239 (247 y ss.).

¹⁴² BVerfGE 107, 395 (401 ff.).

¹⁴³ BVerfGE 101, 106 (124 y ss.). Respecto al procedimiento reservado (*in camera*), BVerfGE 115, 205 (232 y ss.).

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, BVerfGE 108, 238 y ss., en relación a una disposición provisional frente a la notificación de una demanda *class action* de los Estados Unidos de Norteamérica por daños y perjuicios. En relación al artículo 25 de la Ley Fundamental, véase, por ejemplo, BVerfGE 117, 1 41. Respecto a la renuncia de inmunidad diplomática, véase, BVerfGE 118, 124, por negación de pago por Estado insolvente (Argentina).

a) Derecho de la Unión Europea

Con relación al Derecho comunitario¹⁴⁵, el Tribunal Constitucional Federal ha completado la jurisprudencia iniciada en 1974 (Solange) con la decisión *Bananenmarkt* y ha hecho depender de estas pautas la protección de los derechos y libertades fundamentales jurídico-constitucionales frente al Derecho comunitario secundario, también a efectos de cubrir, en materia de derechos fundamentales, cierta posible laxitud en orden a la protección precisa e indispensable en el plano comunitario y europeo¹⁴⁶. Así, en cierto modo, ha quedado cerrado, en la práctica, un conflicto con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁴⁷, y se ha incluido, a la vez, un control jurídico interno para prever reglas básicas adicionales a partir de ciertas directrices¹⁴⁸. Desde esta base, por ejemplo, un recurso de amparo frente a la Ley sobre la orden europea de detención y entrega fue admitido por el propio Tribunal Constitucional, sin grandes dosis de fundamentos y aun versando sobre una Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea*, por cuanto la normativa no preservaba suficientemente los márgenes internos y no tanto en el hecho de que el legislador nacional tenga reconocida capacidad de, en un momento dado, denegar una solicitud de entrega formulada por una autoridad judicial de un Estado miembro¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Para una comparación respecto a los límites de este fenómeno en los últimos diez años, también en el Derecho comunitario, véase, por ejemplo, BVerfGE 104, 214 (216) (frente a una propuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el procedimiento de prohibición de partidos referido al Nationaldemokratische Partei Deutschland).

¹⁴⁶ BVerfGE 102, 147 (161 y ss.).

¹⁴⁷ Véase STREINZ, «Art.23», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 41.

¹⁴⁸ BVerfGE 118, 79 (95 y ss.); BVerfG (K), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 3628 (3629). Respecto a las bases especiales para la promulgación de decretos provisionales en ciertos casos, véase BVerfG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2008, 543. Téngase, asimismo, en cuenta la resolución BVerfGE 116, 202 (214), que autoriza el control normativo judicial conforme al artículo 100.1 de la Ley Fundamental también en relación (de forma complementaria) a la normativa emanada del marco jurídico europeo que pueda ser contradictoria respecto a la Ley Fundamental. Véanse, por otro lado, BVerfGE 110, 141 (155); BVerfGE 114, 196 (220).

* (Nota del traductor). La problemática derivaba de la propia Ley Fundamental, que reconocía en su artículo 16.2 que «ningún alemán puede ser entregado al extranjero». Así, ante la nueva realidad europea, se debía proceder a una reforma del artículo. Aún así, la reforma fue rala y simplemente se limitó a introducir una cláusula que advertía que por ley se podría adoptar una regulación divergente en estos casos para situaciones de extradición a un Estado de la Unión Europea o a un Tribunal Internacional, siempre y cuando se respeten los principios del Estado de Derecho.

¹⁴⁹ BVerfGE 113, 273 (292, 301). Sobre ello, véase STREINZ, «Art. 23», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 41 (con más referencias).

b) El Convenio Europeo de los Derechos Humanos

Con relación al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁵⁰ hay que decir que ha supuesto ciertas desavenencias entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, particularmente en cuestiones de libertad de prensa y derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁵¹. Empero, después de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵² hubo reprochado al Tribunal Constitucional Federal¹⁵³ el hecho de ser condescendiente con una decisión del Tribunal Supremo Federal¹⁵⁴ lesiva del artículo 8 del Convenio¹⁵⁵, los mencionados órganos han aceptado las pautas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se han entendido también como un refuerzo incluso para la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental¹⁵⁶. Así, el Tribunal Constitucional, desde la decisión Görgülü ha quedado de nuevo ligado a esta línea fundamental, atribuyéndose a las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos una significación notable también a nivel nacional.

c) Intervenciones militares en el extranjero

La progresiva participación de la *Bundeswehr* en operaciones en el extranjero ha supuesto el desarrollo de ciertas pautas¹⁵⁷. En principio, las misiones militares en el exterior por razones de defensa son posibles, en el marco del artículo 24.II de la Ley Fundamental, si bien requieren de la aprobación del *Bundestag*, a pesar de no requerir forma de ley¹⁵⁸. En este sentido, el Tri-

¹⁵⁰ El Tribunal Constitucional Federal hace referencia al mismo cuando así lo ha considerado oportuno. Así, por ejemplo, véase BVerfGE 103, 44 (64); 107, 339 (394); 107, 395 (408 y ss.); 108, 282 (311); 110, 226 (253); 110, 339 (342); 119, 181 (211).

¹⁵¹ STEDH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 2467.

¹⁵² BVerfGE 101, 361 (379, 391).

¹⁵³ BGHZ 131, 332.

¹⁵⁴ Compárese, a este respecto, METZ, «Das Recht Prominenter am eigenen Bild in Kollision mit Drittinteressen», 2008.

¹⁵⁵ BGH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 1977, nota al margen n.º 12; BVerfGE 120, 180 (199). Referido a los casos en los que la Princesa Carolina de Hannover, a través de su recurso de amparo, no tuvo ningún éxito.

¹⁵⁶ BVerfGE 111, 307 (315). En relación con algunas consecuencias de esta línea, véase, BVerfG (K), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 1105; 1765; 2685.

¹⁵⁷ BVerfGE 90, 286 (Con relación a la intervención en Somalia).

¹⁵⁸ En tono crítico respecto a la falta de ley formal, teniendo en cuenta la doctrina, STREINZ, «Art. 24», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 76.a); KOKOTT, «Art. 87», en SACHS, Michael (edit.), *Grundgesetz*, cit., nota al margen n.º 38). Sobre ello, véase, también, SACHS, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 58 (1999), p. 39 (71). Respecto al procedimiento, caso de autorización, véase la Ley reguladora de la intervención del Parlamento en este tipo de situaciones (Parlamentsbeteiligungsgesetz) de 18.3.2005, BGBI I, 775.

bunal Constitucional Federal ha precisado el desarrollo de este tipo de colaboraciones con la OTAN (de forma ciertamente amplia) en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte y de los distintos fines de la Alianza de conformidad con el artículo 24.2 de la Ley Fundamental¹⁵⁹. Estos límites se percibieron particularmente en el marco de la misión ISAF en Afganistán¹⁶⁰, como también en el hecho de las objeciones a la participación de soldados alemanes en aviones de control y vigilancia aérea (AWACS) de la OTAN en la Guerra de Irak¹⁶¹.

d) Problemas migratorios y cuestiones en relación a la extradición

En relación con la emigración, hay que señalar el buen criterio del Tribunal Constitucional en el fallo sobre la dación de vivienda en casos de emigrantes de origen alemán provenientes de los Estados del este de Europa (*Spätaussiedlern*), sobre la base del artículo 1.1 de la Ley Fundamental¹⁶². Además, sería aceptada la posibilidad de suspensión de naturalización en casos de obtención de ésta bajo cobertura del artículo 16.1 de la norma constitucional pero de forma fraudulenta, de acuerdo al párrafo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)¹⁶³.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal, en algunas ocasiones, ha determinado que la sujeción a las reglas generales de Derecho internacional, de conformidad con el artículo 25 de la Ley Fundamental, no impide la extradición de extranjeros, aun cuando sea posible que en el Estado solicitante se puedan cometer ciertas lesiones de derechos fundamentales¹⁶⁴ o cuando hayan sido reclamados a Alemania con artimañas¹⁶⁵.

4. Los problemas con la libertad religiosa

Después de que el Tribunal Constitucional Federal reconociera carácter corporativo a los Testigos de Jehová, como comunidad religiosa, los cuales siempre habían tenido en Alemania una posición marginal,¹⁶⁶ surgió la cues-

¹⁵⁹ BVerfGE 104, 127 (199, 212) (sobre el concepto estratégico de la OTAN de 1999).

¹⁶⁰ BVerfGE 118, 244 (262 y ss.).

¹⁶¹ BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, 2018 (2020).

¹⁶² BVerfGE 110, 177 (190 y ss.).

¹⁶³ BVerfGE 116, 24 (36 y ss.).

¹⁶⁴ BVerfGE 108, 129 (136), especialmente véase en este fallo el voto discrepante de M. SOMMER y LÜBBE-WOLF (con relación a las condiciones de detención). Véase, igualmente, BVerfGE 113, 154 (164), en relación con una pena de cadena perpetua sin medidas de revisión judicial de la pena.

¹⁶⁵ BVerfGE 109, 13.

¹⁶⁶ BVerfGE 102, 370 (384 y ss.). Con relación a la confirmación de la cuestión, véase, BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 3156.

tión nuevamente pero esta vez con referencia a grupos de corte islámico. En este caso, igualmente, había reivindicaciones de trasfondo religioso a resolver por el Tribunal Constitucional, pero incardinadas a la necesidad de proteger a la vez la libertad de disidencia ante las posiciones de la mayoría*.

También aquí destaca el fallo relativo a la prohibición de degollar un animal conforme al rito judío e islámico (*Schächtverbot*). El Tribunal Constitucional Federal determinó –poco antes de la recepción del concepto de protección animal del artículo 20.a de la Ley Fundamental– una autorización especial para casos de matarifes extranjeros por medio de una interpretación conforme a la Constitución de la norma aplicable al caso, combinando, de forma ciertamente original, varios conceptos fundamentales: por un lado, la libre elección de profesión, del artículo 2.1 de la Ley Fundamental, en relación a las personas que trabajan en un matadero; por otro, el principio de proporcionalidad y el artículo 4.1 de la Ley Fundamental, por cuanto al matarife recurre un determinado tipo de cliente precisamente por la forma religiosa en la que procede al sacrificio del animal y el tratamiento de la carne¹⁶⁷.

Poco después de diez años desde el caso del crucifijo en la escuela pública¹⁶⁸, apareció el segundo elemento de discordia principal de la década en el ámbito religioso, esta vez por un trozo de tela, a saber, el tradicional pañuelo de la cabeza (*Kopftuch*), en particular de una profesora¹⁶⁹. En este caso, la solicitante había renunciado la contratación de dar sus clases ya que ella había pensado que podía proseguir cumpliendo con el precepto religioso de usar el tradicional pañuelo, también durante el horario lectivo, sin lugar a mayores complicaciones. El Tribunal Constitucional Federal eludió, haciendo hincapié en el hecho de ausencia de ley al efecto, una apreciación concluyente sobre el fondo de la cuestión, a pesar de lo cual contuvo un número de votos particulares bastante duros¹⁷⁰. Así las cosas, se conminó al legislador del *Land* competente, sobrepasando en cierto modo las exigencias del artículo 4 de la Ley Fundamental, a hacer efectivo el «mandato estricto de tratamiento ecuá-

* (*Nota del traductor*). El Tribunal Constitucional Federal ha entendido que los ciudadanos seguidores de una fe minoritaria no están obligados a compartir los valores constitucionales de la mayoría (BVerfGE 102, 370) en cuanto no suponga la afectación de derechos de terceros. Sobre esa base, el Tribunal Constitucional alemán ha afirmado posteriormente, por ejemplo, que no se debe discriminar a una cajera de un supermercado por llevar el velo (BVerfGE, 1BvR 792/03, de 30 de julio de 2003).

¹⁶⁷ BVerfGE 104, 337 (345 y ss.).

¹⁶⁸ BVerfGE 93, 1 (15).

¹⁶⁹ Antes, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal había tenido que corregir a un Juez de Menores, que en su Sala había prohibido, de forma general, llevar el pañuelo por motivos religiosos (BVerfG (K), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, pp. 56 y ss. Respecto a otros casos, también en el extranjero, y sobre la problemática en general, véase, KO-KOTT, «Art. 4», en SACHS. M., (edit.), *Grundgesetz*, cit., notas al margen n.º 59 y 72.

¹⁷⁰ BVerfGE 108, 282 (297, 306). Votos divergentes de los jueces Jentsch, Di Fabio y Mellinghoff, pp. 314 y ss.

nime de los distintos credos». Así las cosas, y teniendo en cuenta las diversas tentativas del legislador para posibilitar a la par un tratamiento especial en orden a los símbolos cristianos, todo parece indicar que este tema será una cuestión jurídico constitucional pendiente también en el séptimo decenio de la Ley Fundamental¹⁷¹

Por último, cabe citar aquí también la decisión de la Sala¹⁷² que ratificaba el fallo del Tribunal Contencioso Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) de disolución de una agrupación religiosa islámica (*Kalifatsstaats*)¹⁷³. Dicha prohibición había sido determinada por el Ministerio de Interior (*Bundesministerium des Innern*) desde que, ya a finales de 2001, se había suspendido la imposibilidad de prohibición de agrupaciones de tipo religiosos (*Religionsprivilegs*), cara a refrenar la progresiva implantación por la fuerza de una autoridad paralela al Estado y de corte islámico en Alemania. Los fallos relacionados con esta cuestión han dado lugar, además, a un último grupo aparte de resoluciones del Tribunal Constitucional Federal que versan sobre cuestiones de libertad y seguridad.

5. Libertad y seguridad

Incluso con anterioridad al 11 de septiembre de 2001 y más allá del tema de la lucha contra el terrorismo¹⁷⁴, cabe decir que una de las notas identificativas de la última década ha sido el estudio de la interrelación de equilibrio entre los conceptos de libertad y seguridad. Empero, hay que reconocer que estos sucesos han propiciado un mayor interés por estos temas. En este sentido y en orden a las nuevas necesidades de seguridad, el Tribunal Constitucional Federal¹⁷⁵ ha tenido que filtrar el excesivo acervo normativo federal y de los distintos *Länder* sobre esta materia –también derivado de la regulación

¹⁷¹ BVerwGE 121, 140. Y lo mismo cabe decir con relación al problema tampoco solucionado de la enseñanza religiosa mahometana en las escuelas estatales. Véase, por ejemplo, BVerwGE 123, 49.

¹⁷² BVerfG (K), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, pp. 47 y ss.

¹⁷³ BVerwG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2003, pp. 986 y ss.

¹⁷⁴ Recuérdese, por ejemplo, los enfrentamientos estudiantiles y la actuación terrorista de la Fracción del Ejército Rojo (Rote Armee Fraktion o banda Baader-Meinhof), las medidas de seguridad de 1972, así como su reorganización. Sobre ello, H. HOFMANN, en ISENSEE / KIRCHHOF (coord.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, I, 3, Edic. 2003, § 9, nota al margen n.º 59 y ss.

¹⁷⁵ Compárese, principalmente, en razón a la peligrosidad del delincuente (si bien teniendo en cuenta cautelas en orden al principio de proporcionalidad), ciertas reglamentaciones admitidas para la detención preventiva sin límite temporal (BVerfGE 109, 133 [149]). Véase, también, BVerfGE 109, 120 (235), en razón a la sobreaplicación por falta de competencia de la normativa sobre internamientos de los Länder; BVerfG (K) *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, pp. 980 y ss, y BVerfGE 117, 71 (87) en orden a la revocación de decisiones judiciales y posibilidades de ejecución de la cadena perpetua.

de los distintos progresos técnico-científicos—, que se había gestado durante diez años desde el fin del concepto de seguridad del Estado de la República Democrática alemana (RDA) y que pecaba en repetidas ocasiones de cierto exceso de celo, en tanto que lesionaba en muchos casos tanto los derechos fundamentales contenidos en los artículos 10 y 13 de la Ley Fundamental, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con el principio de autodeterminación informativa¹⁷⁶.

Esta serie de resoluciones se inicia con el fallo sobre el control informático de datos del Servicio de Inteligencia Federal (*Bundesnachrichtendienst*)¹⁷⁷ y que culminó con la denominada «vigilancia secreta de gran escala» (*Grossen Lauschangriff*), todo lo cual, teniendo en cuenta los límites del artículo 13.3 de la Ley Fundamental (bajo interpretación ajustada) y el hecho de que las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no han sido aceptadas¹⁷⁸, ha encontrado una respuesta provisional, por una parte, con el fallo frente a la posibilidad de infiltración por sistemas técnicos informáticos tras la Ley del *Land* Renania del Norte-Wesfalia de Protección de la Constitución (*Verfassungsschutzgesetz*)¹⁷⁹, que daría lugar al derecho fundamental a la confidencialidad de los datos que se tengan en un ordenador personal¹⁸⁰, y, por otra parte, con el fallo frente a la posibilidad automatizada de registro de matrículas de automóvil¹⁸¹. Así, y mientras la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*Strafprozessordnung*)¹⁸² probaba su eficacia, el Tribunal Constitucional debía además tener bajo control a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales en su labor de aplicación de la ley, para evitar un excesivo celo de la policía en situaciones de examen informático de datos con fines preventivos¹⁸³, en la utilización y registro digital de huellas y pruebas ge-

¹⁷⁶ Véase, también, si bien en otro contexto, BVerfGE 118, 168 (183 y ss.), en relación con la cuestión de almacenamiento automatizado de datos; BVerfGE 120, 351 (359 y ss.), en relación con la recopilación de datos sobre relaciones tributarias en el extranjero.

¹⁷⁷ BVerfGE 100, 313. Con base en defectos competenciales, pero también por razones de indeterminación y desproporcionalidad de las disposiciones sobre vigilancia de las telecomunicaciones en Baja Sajonia en BVerfGE 113, 348 (364 y ss.). Sólo bajo presupuestos ajustados se admitiría la aplicación del GPS conforme al § 100c I n.º 1 lit. b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*Strafprozessordnung*) en in BVerfGE 112, 304 (315).

¹⁷⁸ BVerfGE 109, 279.

¹⁷⁹ BVerfGE 120, 274 (302 y ss.).

¹⁸⁰ Al respecto, escépticamente, con más detalles, SACHS / KRINGS, *Juristische Schulung*, 2008, 481 y ss.

¹⁸¹ BVerfGE 120, 378 (397) con referencia a las normas de Hesse y Schleswig-Holstein.

¹⁸² Sobre ello, compárese, (si bien la petición sólo fue admitida en parte), sobre la acción precautoria, BVerfG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2008, pp. 543 y ss.; BVerfG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2009, pp. 96 y ss. Por otro lado, con carácter negativo BVerfG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2009, pp. 103 y ss.

¹⁸³ BVerfGE 115, 320 (341).

néticas¹⁸⁴, como también en su labor de manejo y almacenamiento de información en soporte informático¹⁸⁵.

El fallo sobre la Ley Federal de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*), que habilitaba a la *Bundeswehr* a derribar un avión capturado por terroristas, cuando sólo de ese modo se pudiera evitar la utilización de la máquina para realizar un atentado, suponía, por otro lado, algo más que dirimir entre un conflicto entre libertad y seguridad, sobre todo porque giraba no «sólo» en torno al derecho de libre desarrollo de la personalidad inmaterial, sino, más allá, al derecho fundamental a la vida mismo. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal habló del derecho fundamental a la vida también aquí como «base vital de la dignidad del hombre», incluyendo en este caso –con relación (sólo) a los pasajeros inocentes– el artículo 1.1 de la Ley Fundamental. Empero, el Tribunal no consiguió ser totalmente convincente en la resolución en la aplicación de la denominada «formula objeto»¹⁸⁶.

IV. Conclusión

Queda patente que se ha ido desplegando la realidad normativa de la Ley Fundamental desde 1949, sobre todo en relación con la reforma del federalismo y en relación con los resultados derivados de los desarrollos del orden supranacional; y en estas dos direcciones es muy probable que este desarrollo continúe. Y lo mismo se puede esperar en orden a los puntos básicos de la judicatura constitucional de las últimas décadas. Seguramente el Tribunal Constitucional Federal tendrá que hacer de nuevo frente en el futuro a temas como la perfilación de los desarrollos supranacionales, las cuestiones de tipo religioso con relación al Islam y su integración con la forma constitucional de comprensión del fenómeno religioso, así como al problema de conjugación de los conceptos de libertad y seguridad a la luz de las novedosas amenazas y las posibilidades de defensa¹⁸⁷. También, por otra parte, cabe pronosticar otro tipo de dificultades, por ejemplo, derivadas de las consecuencias de la actual crisis financiera¹⁸⁸, si bien, desde un prisma estricto de Derecho constitucional este punto excede del marco de esta digresión retrospectiva¹⁸⁹. La experien-

¹⁸⁴ BVerfGE 103, 21 (35).

¹⁸⁵ BVerfGE 113, 29 (44), con relación a un bufete de abogados, y BVerfGE 115, 166 (181) con relación a una juez.

¹⁸⁶ BVerfGE 115, 118 (151 y ss., 157). Sobre ello, MURSWIEK, «Art. 2», en SACHS, M., (edit.), *Grundgesetz*, cit., notas al margen n.º 182 a, y HÖFLING, «Art. 1», *Ibidem*, nota al margen n.º 22, con más referencias.

¹⁸⁷ Respecto al recurso frente al Tratado de Lisboa sería discutido ya del 10 al 11 de febrero de 2009.

¹⁸⁸ Compárese la decisión del 17 de febrero de 2009.

¹⁸⁹ El recurso frente a la Ley de estabilización del mercado financiero (*Finanzmarktstabilisierungsgesetz*) ha sido rechazado por el Tribunal Constitucional (BVerfG K decisión del 26 de marzo de 2009, 1 BvR 119/09).

cia de los últimos sesenta años permite que tengamos la esperanza de que, a través de la alternativa de reforma del texto constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, realmente haya bastantes posibilidades como para decir que también la Ley Fundamental está asegurada hasta su próximo aniversario como Constitución exitosa y eficaz.

Home schooling y Constitución Consideraciones sobre una prudente jurisprudencia constitucional¹

Victor J. Vázquez Alonso

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

Recibido: 15.05.2011

Aceptado: 31.05.2011

Resumen. En este trabajo se aborda desde una perspectiva constitucional la problemática del *home schooling*. Para ello, en primer lugar se planteará en términos generales la problemática que esta práctica de educar a los hijos al margen de la escuela plantea desde un punto de vista jurídico. Posteriormente, se estudiará la reciente respuesta jurídica que ha dado el Tribunal Constitucional español a la pretensión de los padres de eximir a sus hijos del cumplimiento de su deber de escolarización y, finalmente, valoraremos la posibilidad de facilitar esta opción a través de una reforma de la legislación educativa.

Palabras clave. Derecho a la educación, Libertad religiosa, Home schooling, Libertad de enseñanza

Abstract: *This paper addresses from a constitutional perspective the problem of home schooling. To do this, first be raised in general terms the problems that this practice of educating children outside the school presents from a legal point of view. Subsequently, we consider the recent judicial response that the Spanish Constitutional Court has given to the claim of parents to exempt their children from fulfilling their duty of schooling. Finally, we assess the possibility of providing this option through a reform of the educational legislation*

Key words. *Education rights, Religious freedom, Home schooling, Parental rights*

Sumario: Introducción. 1. El *home schooling* como “aspiración radical” dentro del Estado constitucional. 2. La sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional: las razones del fallo. 3. La sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional: una doctrina constitucional sobre el *home schooling*. 4. Reflexiones finales. ¿Debe legislarse para permitir el *home schooling*?

¹ La realización de este artículo se ha llevado a cabo dentro del proyecto de investigación “El Nuevo Amparo Constitucional: la Reformulación de los Derechos Constitucionales y su Protección” Referencia: DER2010-18141.

Introducción

Si atendemos a la rigurosidad de los datos que sobre el sistema educativo español se desprenden del conocido informe PISA, o analizamos los índices de fracaso escolar que muestran los últimos estudios europeos², lo cierto es que resulta fácil concluir que los aspectos más conflictivos del modelo educativo español no son precisamente los problemas constitucionales que pueda plantear la legislación vigente, sino más bien los estrictamente relacionados con los resultados de un modelo pedagógico que desde la entrada en vigor de la Constitución ha seguido un camino zigzagueante, marcado por la ausencia de acuerdo político entre los dos principales partidos a nivel nacional. No obstante, qué duda cabe de que las dificultades interpretativas que la ambigüedad del artículo 27 de nuestra Constitución plantea siguen estando presentes y también de que, en cierta medida, estas ambigüedades son en muchas ocasiones las ramas que distraen la atención de la verdadera realidad del bosque, que es la existencia de una necesidad imperiosa de lograr un consenso duradero sobre la cuestión educativa, a partir del cual trabajar para paliar las actuales disfunciones del sistema. Es por este motivo que el debate doctrinal sobre el marco constitucional del derecho a la educación continúa siendo un debate necesario, del mismo modo que es especialmente bienvenida en este ámbito cualquier jurisprudencia y, en concreto, una jurisprudencia constitucional que, de una forma clara, nos pueda orientar sobre cómo resolver las tensiones existentes entre los deberes, derechos y principios que de una manera yuxtapuesta integran el contenido del artículo 27.

A este respecto, ya adelanto que considero muy relevante la reciente sentencia del Tribunal Constitucional español, en la cual su sala primera avanza una doctrina, se podría decir, alejada de ambigüedades sobre una práctica que en España, a diferencia de otros países de nuestro entorno, hasta ahora no había recibido una respuesta del juez constitucional, y que es la del *home schooling*: es decir, la de educar a los hijos en el propio hogar y al margen, por lo tanto, de los centros públicos o privados que conforman el sistema educativo del estado. No obstante, antes de profundizar en el contenido de esta sen-

² Por ejemplo, si atendemos al informe de la Comisión europea sobre “los avances en hacia los objetivos de Lisboa en el ámbito de la educación y la formación” del 2009, podemos comprobar que España incumple todos los objetivos previstos para el año 2010. Con, entre otras cosas, una tasa de abandono escolar del 31,9 % frente al 14,9 % de la media europea. Este informe está disponible en : http://ec.europa.eu/education/lifelong-learning-policy/doc1951_en.htm

Para aproximarse al estudio de las causas de este “hecho diferencial” español con respecto al fracaso escolar es muy útil el extenso trabajo de MARIANO FERNÁNDEZ EN-GUITA, LUIS MENA MARTÍNEZ y JAIME RIVIERE GÓMEZ, “Fracaso y abandono escolar en España”, *Colección de Estudios Sociales*, n° 29.

tencia, creo que es necesario exponer en este trabajo, de una forma digamos genérica, la problemática que plantea el desafío a la escolarización obligatoria en cualquier estado que consagre el principio democrático como un elemento definidor de su ordenamiento constitucional. Posteriormente, expondremos los puntos fundamentales de la doctrina avanzada por nuestro Tribunal constitucional, para finalmente valorar la necesidad de profundizar o no en la implementación legislativa de esta opción de los padres por “la educación en casa”.

1. El *home schooling* como “aspiración radical” dentro del Estado constitucional

Es difícil intentar aproximarse al fenómeno del *home schooling* resistiéndose a citar la conocida confesión de Bernard Saw de que a cierta edad tuvo que suspender su educación para ir al colegio. Y es que, en puridad, lo que late tras las demandas de los padres que quieren dispensar a sus hijos de la escolarización forzosa, es la idea básica de que es la casa y no la escuela el ámbito propio para que los niños reciban la mejor educación posible. No obstante, aunque el concepto se pueda presentar de una forma así de sencilla, de la cuestión del *home schooling* trasciende en su máxima expresión la compleja tensión latente entre tres visiones diversas acerca de cuál ha de ser el papel del Estado en la educación de los ciudadanos dentro de un Estado pluralista y democrático. Este “trilema educativo” fue expuesto hace ya tiempo de una forma muy clara por la profesora americana Amy Gutmann en su imprescindible trabajo *Democratic Education*³. Para la autora, al apostar por una educación democrática, los Estados se ven obligados a buscar un punto de equilibrio entre las siguientes tres concepciones posibles y en gran medida antagónicas de la educación. Una de ellas sería aquella que es propia de lo que Gutmann denomina como un Estado de familias, dentro del cual serían las propias familias las que tendrían la decisión exclusiva en relación a la educación de sus hijos. Frente a esta concepción, encontraríamos otra de raíz platónica que sería la del “estado familiar”, en el que la educación sería una cuestión pública, y estaría vinculada a inculcar y cultivar en los nuevos ciudadanos los valores que encarnan el paradigma de la virtud. Finalmente, entre ambas concepciones puede situarse una tercera, de sesgo en este caso liberal, y que sería la del “estado de individuos”, en donde la educación no debería asumir como objeto de transmisión ningún ideal de la vida buena, sino que, por el contrario, habría de mantenerse estrictamente neutral frente a las distintas concepciones de

³ AMY GUTMANN, *Democratic Education*, Princeton University Press, 1999.

la virtud presentes en la sociedad, de tal forma que no se impida al alumno definir con autonomía su posición frente a ellas⁴.

El equilibrio entre estas concepciones, en principio enfrentadas, de la educación dentro del Estado, se encontraría en un modelo pedagógico que, respetando el derecho de los padres a transmitir los valores que ellos consideren a sus hijos, promueva no sólo el valor de la autonomía personal sino, a su vez, la formación de ciudadanos que participen y entiendan la vida democrática del Estado, tomando conciencia de las libertades de los otros y de los procedimientos establecidos para la toma de decisiones políticas. Es decir, un modelo en el que se reconoce el interés por parte del Estado para formar ciudadanos libres y virtuosos desde el punto de vista democrático, pero en el que la autonomía personal y los derechos derivados de la patria potestad se erigen en límites frente a cualquier tentativa de asimilación⁵.

Esta ambición por conciliar los diferentes valores en juego ya está presente desde los orígenes mismos del ideal republicano de una escuela libre, gratuita y obligatoria cuya plasmación histórica más célebre fueron las leyes educativas de la Tercera República francesa. No está demás, en este sentido, recordar aquí los términos en los que Jules Ferry, en su conocida *Lettre aux instituteurs* trataba de instruir a los maestros sobre cómo conciliar su deber de enseñar la moral, el espíritu cívico y el respeto a la ley a los alumnos, con el respeto a la facultad de los padres de dar a sus hijos una formación religiosa según sus creencias. Así el político francés, después de erigir a los maestros en maestros también de la ciudadanía, advertirá a estos que

“en el momento de proponer a los alumnos un precepto, cualquier tipo de máxima, debéis preguntaros a vosotros mismos si tenéis conocimiento de un solo hombre honesto que pudiera verse herido con aquello que vosotros vais a decir. Preguntaros a vosotros mismos si un padre de familia, estoy diciendo uno solo, presente en vuestra clase y escuchándoos, podría de buena

⁴ AMY GUTMANN, *Democratic Education*, op. cit., pp. 24 y ss. De otra forma, un autor como James S. Fishkin ha planteado también la decisión estatal sobre la educación de los ciudadanos como una suerte trilema entre tres valores diversos. Por un lado, un valor sería el de la igualdad de oportunidades vitales, el cual insta a equiparar las posibilidades futuras de los niños a la hora de ocupar determinadas posiciones en la sociedad. Junto a éste, y matizando al mismo, se encontraría el valor del mérito, el cual exige una evaluación equitativa de las diversas posiciones que alcancen los niños. Finalmente, un tercer valor, sería el de la autonomía de las familias, el cual se traduce en un escrupuloso respeto a las decisiones adoptadas en este ámbito con respecto a sus hijos, que únicamente habría de ceder cuando se trate de transmitir a éstos los requisitos esenciales para participar como adultos en la sociedad. Vid. JAMES S. FISHKIN, “Liberty versus Equal Opportunity”, *Social Philosophy & Policy*, Vol. 5/1, 1987, en especial, pp. 38-40.

⁵ AMY GUTMANN, *Democratic Education*, op. cit., p. 35.

fe no compartir aquello que vosotros vais a decir. Si la respuesta es sí, absteneros de decirlo. Sino hablad apasionadamente”⁶.

Pero si es evidente la dificultad de encontrar un equilibrio satisfactorio entre estos valores en inevitable tensión, también lo es, en mi opinión, que la propia tensión entre estas concepciones dentro de un modelo educativo concreto es una prueba de que el Estado no ha sacrificado ninguno de los valores en juego, a pesar de lo difícil y delicado que pueda resultar congeniar los puntos en los que se enfrentan. La forma en la que los diferentes estados concretan este equilibrio sin duda va a variar en función de si ponen más o menos atención en la finalidad democrática o, si se prefiere, en el elemento “republicano” de la educación, pero, en todo caso, este interés estatal en la formación de los ciudadanos siempre va a estar de alguna forma presente en las democracias. Igualmente, dentro de este juego de equilibrios, toda tentativa de fortalecer el patriotismo republicano de la educación, tendrá como límite los derechos educativos de los padres y, en este sentido, estará vinculada a las exigencias derivadas del principio de neutralidad, el cual, si bien se puede decir que posee una intensidad sensiblemente variable según los Estados, constituye un valor inherente a cualquier modelo educativo comprometido con la libertad.

En este sentido, ya puedo adelantar que, en mi opinión, el problema del *homeschooling* y del desafío jurídico que plantea es que se trata de una práctica que, en su versión más anárquica o radical, tiende a sustraerse de este juego de equilibrios entre distintos valores constitucionales y lo hace no sólo sacrificando el interés del estado en formar ciudadanos virtuosos desde el punto de vista democrático, sino también poniendo en riesgo un principio central dentro de una democracia pluralista como es la protección del libre desarrollo de la personalidad, en este caso, de los menores de edad⁷.

⁶ JULES FERRY, *Lettre aux instituteurs*, 17 novembre 1883. Recopilada en el volumen de textos elegidos por HENRY PENA-RUIZ, *La laïcité*, pp. 200-206. Dentro del innegable sesgo anticlerical que tuvieron gran parte de las primeras políticas de la Tercera República francesa, las leyes de Jules Ferry han sido vista con el tiempo como uno de los primeros exponentes de la laicidad liberal y conciliadora que progresivamente se va consolidando en Francia tras la aprobación de la ley de 1905. Vid. JEAN BAUBÉROT, *Historie de la laïcité*, París, 2000, p. 52. No obstante, no todas las lecturas de esta legislación son pacíficas y hay quienes ven en la misma un exponente más de la tentativa de establecer un pedagogía de estado dentro de un modelo anticlerical. Vid. JOËL-BENOIT D’ONORIO, “La crise de la laïcité Française », en *La Laïcité au défi de la modernité. Actes du X colloque national de juristes catholiques*, París, 11-12 novembre, 1989. Un comentario a esta “carta a los maestros” con gran información sobre el contexto de su gestación, lo podemos encontrar en JUAN MANUEL FERNÁNDEZ SORIA, “La Carta a los Maestros de Jules Ferry (1883), y el laicismo escolar de la tercera república francesa”, *Historia de la Educación*, nº 24, 2005, pp. 423-462.

⁷ Sobre las limitaciones que este reconocimiento del pluralismo debe imponer a cualquier tentativa de asimilación puede verse, en extenso HOLNING LAU, “Pluralism: A principle for children’s rights”, 42 *Harvard Rights-Civil Liberties Law Review*, Summer 2007, pp. 317 y ss.

2. La sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional: las razones del fallo

La Ley Orgánica 8/1985, reguladora del derecho a la Educación, estableció en nuestro país la escolarización obligatoria de los menores desde los seis hasta los dieciséis años, previsión que tanto la Ley Orgánica 10/2002 de Calidad de la Educación como la posterior 2/2006 de Educación han mantenido vigente, sin que, en ningún caso, se haya previsto excepción alguna que, tomando en consideración las preferencias o convicciones de los padres, permita a los alumnos y a los propios progenitores, eximirse de este deber de escolarización obligatoria, amparados en determinadas causas. Pues bien, como pronto se encarga de señalar nuestro Tribunal Constitucional en esta sentencia 133/2010, es esta y no otra, la razón última que motiva la demanda de amparo interpuesta por dos parejas de padres ante el Tribunal Constitucional, después de que las sucesivas instancias judiciales hubiesen exigido la escolarización inmediata de sus hijos sin atender a los motivos esgrimidos por estos para obtener una dispensa a esta obligación y poder educar a sus hijos en su propia casa.

Por lo tanto, la cuestión a la que el Tribunal había de dar respuesta no era otra que la de si la configuración del derecho a la educación también como un deber que exige la escolarización del menor en alguno de los centros públicos, privados o concertados que conforman el sistema educativo español constituye, al no prever ninguna circunstancia que legitime su incumplimiento, una limitación inconstitucional de los derechos educativos de los padres y, en concreto, de su libertad de enseñanza y del derecho a educar a sus hijos según sus propias convicciones.

El razonamiento empleado por el Tribunal para determinar la estimación o no del amparo va a versar primeramente en una escrupulosa delimitación de los derechos fundamentales en juego. Por un lado, con respecto a la libertad de enseñanza, el Tribunal va a circunscribir el contenido protegido por este derecho a dos facultades. La primera de ellas será la libertad de los padres para poder transmitir sus propias enseñanzas, sin perjuicio de la educación que obligatoriamente han de recibir los hijos en alguna de las escuelas que conforman el sistema educativo español. En segundo lugar, señala el Tribunal, la libertad de enseñanza ampara a los padres para crear centros docentes con un ideario que responda a sus convicciones o a sus preferencias pedagógicas, dentro de los límites que imponen los principios generales del sistema educativo español consagrados en los artículos 27.2, 4 y 5. En todo caso, lo que parece claro para el Tribunal, es que no se encuentra amparado por la libertad de enseñanza el derecho a sustituir a través de las enseñanzas que los hijos reciban en el hogar las exigencias de escolarización⁸.

⁸ STC 133/2010, Fjº 5, a.

Con respecto al derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones, el Tribunal va a poner el acento en una cuestión que en principio resultaba clave a la hora de estimar o no el amparo, y que era la de que los demandantes no habían fundamentado su demanda en convicciones de carácter ideológico o religioso, sino en razones de índole exclusivamente académica. En este sentido, los demandantes habían puesto de manifiesto su desconfianza hacia un sistema educativo que presentaba unos altos niveles de fracaso escolar, al tiempo que llamaban la atención sobre el hecho de que sus hijos estaban recibiendo en su propia casa una educación que les había hecho adquirir conocimientos más que suficientes en materias como matemáticas, lengua, ciencias naturales o música, así como competencia en el manejo de cinco idiomas. Pues bien, para el Tribunal, que interpreta el ámbito protegido por el 27.3 de nuestra Constitución a la luz de diferentes instrumentos internacionales, las razones pedagógicas no estarían comprendidas dentro del ámbito protegido por el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, con lo cual, en modo alguno se habría visto afectado este derecho en el supuesto concreto que se juzgaba, ni tampoco el derecho de todos a la educación, consagrado en el artículo 27.1 CE y también invocado por los recurrentes. Un derecho este último, que, según esta sentencia, en ningún caso podría amparar en su dimensión de derecho de libertad, la pretensión de los recurrentes de, por razones pedagógicas, educar a sus hijos en casa⁹.

⁹ STC 133/2010, Fjº 5, b. En buena parte los fundamentos esgrimidos por el Tribunal ya fueron avanzados por el magistrado Gimeno Sendra en su voto particular a la sentencia 260/1994 Tribunal Constitucional, en la única ocasión en la que el Tribunal se había aproximado al problema jurídico del *home schooling*, si bien si entrar en esta ocasión sobre el fondo del asunto. En aquel caso el Tribunal había de pronunciarse sobre el recurso de amparo interpuesto por la Generalitat de Cataluña frente a dos autos de la Audiencia Provincial de Barcelona que, corrigiendo la resolución adoptada en primera instancia, decidieron devolver la tutela de unos menores a sus padres al entender que éstos no se encontraban en una situación de desamparo tal y como había sido apreciado por el primer tribunal. El caso era que estos niños no estaban siendo escolarizados dado que sus padres, pertenecientes a la secta “Niños de Dios” habían decidido educar a los mismos libremente. Por este motivo, la Generalitat entendía que los autos de la Audiencia de Barcelona habían vulnerado el derecho a la educación de los niños, ya que con su decisión de no conceder la tutela a la administración autonómica se impedía su escolarización. Lo cierto es que ante estos antecedentes, el Tribunal Constitucional no va a pronunciarse específicamente sobre la cuestión de si la satisfacción del derecho a la educación implica necesariamente la escolarización de los niños, limitándose a constatar para rechazar el amparo solicitado por la Generalitat, que la decisión de la Audiencia simplemente había rechazado que esta no escolarización fuera motivo suficiente como para retirar la tutela a los padres. Para el tribunal esto no impedía que la Generalitat pudiera a través de otras vías que no implicaran la asunción de la tutela de los menores velar por el cumplimiento del deber de escolarización de los menores y garantizar así su derecho a la educación. Como decíamos, el magistrado Gimeno Sendra va a discrepar de esta decisión, al entender que los autos de la Audiencia de Barcelona privando a la Generalitat de la tutela de los menores, impedían efectivamente la escolarización de estos, lo cual exigía al

Ciertamente, los fundamentos hasta aquí esgrimidos en base a una correcta delimitación de los derechos invocados eran ya de por sí suficiente argumento como para que el Tribunal desestimara la demanda de amparo. Sin embargo, en esta ocasión el constitucional no ha desaprovechado la oportunidad para establecer, a través de un razonado *obiter dicta*, una doctrina, como se dijo, muy poco ambigua acerca de cuál es la respuesta que desde la Constitución ha de ofrecerse a un fenómeno como es el del *home schooling*, en aquellos supuestos en los que la pretensión de los padres de educar a sus hijos al margen del sistema escolar homologado por el Estado, sí puede contemplarse como una facultad *prima facie* amparada por el derecho del 27.3. Una cuestión ya más compleja que requiere una lectura a parte.

3. La sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional: una doctrina constitucional sobre el home schooling

Pese a que es cierto que, como acabamos de ver, la decisión de ciertas familias de no escolarizar a los hijos puede ser de carácter estrictamente pedagógico, también lo es que no puede desconocerse que, en una gran parte de los casos, los motivos que impulsan a los padres a decantarse por educar a sus hijos en el hogar van a ser motivos de índole religioso o, por lo menos, vinculados a fuertes convicciones de otro tipo, de tal forma que estas demandas encuentran su anclaje constitucional en las distintas fórmulas a través de las cuales los ordenamientos recogen ese derecho de los padres a asegurar que la educación y enseñanza de sus hijos resulte conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. Se pretende de este modo integrar dentro del derecho de los padres a educar a sus hijos según sus creencias, no sólo la libertad para elegir el centro docente que se adecue a las mismas, o el derecho exigir la neutralidad de las instituciones educativas públicas, sino también un derecho a educar a los hijos en el ámbito familiar o comunitario, de tal forma que éstos reciban una instrucción integral en la que se transmitan los valores propios de las creencias de los padres, sin las inevitables contaminaciones a las que se podrían ver expuestos por parte de los profesores y también de los alumnos en el caso de que tuvieran que acudir a la escuela, ya sea esta de carácter estatal o privada.

Tribunal platearse el fondo del asunto, lo que en opinión, pasaba por dar respuesta a la pregunta de si los derechos de los padres con respecto a la educación de sus hijos podían amparar la decisión de no escolarizarlos, o si bien, esto suponía una lesión en su derecho constitucional a la educación. Pues bien para este magistrado, el 27.1 de la Constitución consagra un derecho del niño a ser escolarizado que no ha de ceder ante la libertad religiosa de los padres. En su opinión, ni la libertad religiosa ni el derecho que el art. 27.2 de la Constitución reconoce a los padres “amparan un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente”.

Hay que decir que este trasfondo religioso es el que ha marcado el auge y la consolidación del *homeschooling* en los Estados Unidos, un país donde la experiencia jurídica en esta materia resulta como en otros casos bastante interesante. Y es que la progresiva secularización de la escuela pública de su sustituto moral protestante, operada en gran medida gracias a la jurisprudencia de tendencia liberal que la Corte Suprema americana¹⁰, trajo consigo no sólo el resurgir de escuela privada confesional, sino también numerosas demandas por parte de familias cristianas fundamentalistas de educar a sus hijos al margen del sistema escolar reconocido por el Estado. A este respecto, no deja de resultar interesante por paradójico que haya sido precisamente la progresiva neutralidad religiosa de la institución escolar y de sus planes de estudio lo que haya provocado el incremento de esta opción educativa por parte de las familias.

En la actualidad el dato es que el *homeschooling* es una opción legal reconocida desde el año 2000 en todos los Estados de la Unión, aunque con importantes diferencias, concretamente, en lo referido al grado de control e inspección que se reserva el Estado para valorar cómo se está llevando a cabo la educación de los niños¹¹.

Ante los Tribunales la fundamentación legal de las demandas de los padres para que sus hijos sean eximidos de la asistencia a la escuela ha sido, por lo menos en apariencia, y usando la exitosa expresión que acuñara el Juez Scalia en *Employment Division v. Smith*¹², una fundamentación híbrida, y ello en tanto son dos los derechos que se verían afectados por legislación estatal que exige la escolarización. El primero de ellos sería el derecho de los padres a elegir para sus hijos la educación que deseen, una libertad que ya en 1925 fue deducida de la *Due Process Clause* por la Corte Suprema Americana, en la emblemática sentencia *Pierce v. Society of Sisters*, en la cual se declaraba inconstitucional una ley de educación del Estado de Oregón que imponía la educación pública a todos los alumnos. No obstante, he dicho en apariencia, ya que, tal y como se ha señalado, en la mayoría de los casos el motivo último de la negativa de los padres a escolarizar a sus hijos ha sido un motivo de carácter religioso y, por ello, el fundamento constitucional de las demandas ha

¹⁰ Vid. JOHN C. JEFFRIES y JAMES E. RYAN, "A political History of the Establishment Clause", *Michigan Law Review*, November, 2001, en especial, pp. 302-204. Sobre el desarrollo del pluralismo religioso en los Estados Unidos y la progresiva pérdida de hegemonía del protestantismo es una referencia común el trabajo de WILL HERBERG, *Protestant Catholic, Jew, An essay in american religious sociology*, New York, 1955, en especial pp. 154 y ss.

¹¹ Un relato reciente de esto lo podemos encontrar en CATERINE J. ROSS, "Fundamentalist challenges to core democratic values: exit and home schooling", *William and Mary Bill of Rights Journal*, nº 18, may, 2010, pp. 992-995.

¹² *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)

pivotado también sobre el derecho a la libertad religiosa consagrado en la Primera Enmienda de la Constitución.

A este respecto, es obligado señalar aquí el que constituye el precedente más importante dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que es la conocida sentencia *Wisconsin v. Yoder*¹³, en la cual, en una interpretación generosa de la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda, los jueces de la Corte amparan la demanda de unos padres pertenecientes a una comunidad Amish que solicitaban el que sus hijos en edad adolescente fueran eximidos del cumplimiento de la normativa escolar del Estado que imponía como obligatoria la educación secundaria. En esta sentencia, la mayoría de los jueces del Tribunal, pese a reconocer que para los padres fundadores la educación era un presupuesto de la libertad del ciudadano y del ejercicio democrático del poder¹⁴, entendió que esto no significaba que la Constitución impusiera en todo caso que el interés del Estado por educar a los ciudadanos debiera de prevalecer sobre el derecho natural de los padres a educar a sus hijos y sobre sus propias creencias religiosas.

Como se ha encargado de subrayar algún autor, es bastante evidente a la luz de esta sentencia la existencia de una simpatía por parte del Tribunal hacia la comunidad de los Amish. No en vano la Corte se encarga de subrayar que la historia americana era testimonio de que esta comunidad se había integrado exitosamente como un “autosuficiente segmento” de la sociedad del país y era un “ejemplo de la simple vida de los primeros cristianos que continuó en América”¹⁵. Además de esto, para la mayoría de los jueces de la Corte Suprema se podía fácilmente constatar que las creencias de los Amish eran sinceras y profundas, ocupando un lugar capital dentro de ellas la observancia del mandato que diera el apóstol Pablo en su epístola a los romanos “no os conforméis con este mundo”, y ello porque, en base al mismo, los Amish habían desarrollado una fuerte y cerrada cultura comunitaria en torno a su religión¹⁶. Para la Corte, esta forma de vida religiosa que los Amish querían preservar y

¹³ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972)

¹⁴ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 222 (1972)

¹⁵ Al amparo de esta sentencia, Steven Feldman ha criticado parcialidad religiosa de la Corte Suprema americana, la cual no ha mirado con igual simpatía otras demandas que también buscaban una exención en el cumplimiento de ciertas obligaciones religiosas, por contradecir determinadas creencias no pertenecientes a ninguna denominación cristiana. Como ejemplo de esto el autor señala la sentencia *Goldman v. Weinberger*, en la cual la Corte Suprema entendió que obligar a un judío ortodoxo a cumplir las normas de vestimenta del ejército del aire, lo cual conlleva que tuviera que despojarse de la “yarmulke” que según su religión debía cubrir su cabeza, no constituía un limitación inconstitucional de la Cláusula de libre ejercicio de la religión. Vid. STEVEN M. FELDMAN, “*A Christian America and the Separation of Church and State*”, in *Law and Religion. A Critical Anthology*”, New York, 2000, pp. 262-263.

¹⁶ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 226 (1972).

transmitir a sus hijos, podía verdaderamente verse amenazada si estos acudían a la escuela durante su adolescencia y entraban así en contacto con los diversos estímulos que a esa edad la sociedad ofrece. Por lo tanto, la escolarización obligatoria limitaba en este caso el derecho a la libertad religiosa reconocido en la Primera Enmienda, y afectaba también al derecho de los padres a educar a sus hijos, sin que entendiera la Corte que en esta ocasión existiese un “interés estatal apremiante” que justificase esta limitación. Así, en aplicación de la denominada doctrina *sherbet* que exigía la existencia de esta *compelling state interest* para la legitimación de cualquier normativa que afectara a la *Free Exercise Clause*, la Corte entendió que al no eximir a los padres de los niños Amish del deber de escolarizar a sus hijos, el Estado de Wisconsin había vulnerado la Primera Enmienda de la Constitución¹⁷.

Creo que es llamativo el hecho de que en la jurisprudencia americana el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus creencias no haya adquirido autonomía, manteniéndose la distinción entre el derecho de los padres a educar a sus hijos, y el de su propia libertad religiosa, si bien, como hemos visto, ambos derechos pueden operar en una misma dirección a la hora de exigir una dispensa al cumplimiento de una norma general que establezca la escolarización obligatoria de los alumnos. Algo muy distinto ocurre en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos donde, como es sabido, este derecho de los padres a que se respeten sus creencias en relación a la educación de sus hijos sí ha sido objeto de una consagración específica en artículo 1 del Protocolo 2, el cual, en su segundo enunciado normativo establece que “el Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su decisión sobre la admisibilidad del asunto *Konrad c. Alemania*¹⁸, ha tenido la oportunidad de pronunciarse a la luz de este precepto, sobre la adecuación al Convenio de aquellas legislaciones nacionales que no prevén ninguna excepción a la escolarización obligatoria de los niños, cuando este deber entre en conflicto con la convicciones religiosas o filosóficas de los padres, las cuales prescribirían su educación en el hogar.

Las circunstancias que dieron lugar a este litigio fueron las siguientes. Unos padres miembros de la Iglesia de Philadelphia solicitaron una dispensa del cumplimiento del deber de escolarización obligatoria de los hijos a su cargo. Para los progenitores, quienes como miembros de esta Iglesia cristiana guardaban una profunda obediencia a la Biblia, el hecho de que sus hijos acudieran a la escuela limitaba sus derechos educativos, principalmente, por el

¹⁷ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 236, 237 (1972)

¹⁸ *TEDH Konrad v. Germany*, 11 de septiembre 2006, Application no. 35504/03.

hecho de que en la escuela los niños recibirían clases de educación sexual y escucharían relatos mágicos sobre hechiceros, duendes y hadas, cuyo contenido entraría en claro conflicto con la idea religiosa que tienen los padres de la buena educación de sus hijos. La pretensión de los padres era que los hijos pudieran ser educados en los programas generales establecidos por el Estado, pero todo ello en el ámbito doméstico y bajo la supervisión de miembros de la denominada “escuela de Philadelphia”, con lo cual, se asegurarían una educación que realmente respetara y transmitiera las creencias que ellos profesan. Pues bien, a pesar de que la Ley de Educación del Land de Bade-Wurtemberg sí preveía la posibilidad excepcional de que se concedieran dispensas a la asistencia obligatoria a la escuela primaria, las autoridades educativas decidieron no autorizarla. Una decisión que es amparada judicialmente por el Tribunal Administrativo de Friburgo, por la corte administrativa de apelación de Baden-Wutemberg y, finalmente, por la propia Corte Constitucional Federal. Los argumentos usados por esta última, tributarios de las instancias anteriores, son bastante claros. Para el Tribunal de Kashruhe una correcta ponderación entre los derechos que la Constitución reconoce a los padres en relación a la educación de sus hijos¹⁹, y la obligación que asume el Estado de proporcionar una educación a sus ciudadanos²⁰, no impone que las autoridades escolares hayan eximir de la escolarización obligatoria a los alumnos en casos como el que se presentaba. El Tribunal alemán apela en este sentido a la dimensión objetiva del derecho a la educación, el cual no sólo tendría como fin la transmisión de conocimientos sino también formar ciudadanos que sean capaces de participar en una sociedad democrática y pluralista. La escolarización constituye, a este respecto, un medio eficaz para que los niños entren en contacto con la sociedad adquiriendo así las aptitudes que demanda la participación ciudadana. Por este motivo, para los jueces alemanes la injerencia en el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones posee un fin legítimo, es razonable y, en tanto no impide que los padres continúen educando a sus hijos según sus creencias en el ámbito familiar, es también una injerencia que respeta las exigencias de la proporcionalidad en sentido estricto.

Pues bien, remarcando la inexistencia de un consenso europeo sobre la materia a la luz de las distintas decisiones nacionales permisivas con las demandas de *home schooling*, y acudiendo a la siempre útil doctrina del margen de apreciación nacional, el Tribunal Europeo de Estrasburgo va a bendecir los argumentos esgrimidos por las autoridades alemanes. Para la Corte europea impedir que surjan sociedades paralelas y aisladas dentro de los Estados

¹⁹ Tal y como consagra la Constitución alemana en su art. 6. 2. *El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento.*

²⁰ Constitución alemana, art. 7.1. *El sistema escolar, en su totalidad, está sometido a la supervisión del Estado.*

e integrar el pluralismo inherente a una sociedad democrática es un objetivo legítimo que las autoridades nacionales pueden considerar a la hora de determinar ciertas limitaciones²¹, en este caso, en el derecho reconocido a los padres en el artículo 2 del protocolo 1°. Del mismo modo, el Tribunal coincide con el juicio del juez constitucional alemán a la hora de señalar la proporcionalidad de la medida, dado que permanece indemne la facultad de los padres, para al margen de la escuela y en paralelo a ella, transmitir sus valores en el hogar²².

Lo cierto es que al amparo del precedente establecido por el TEDH en *Konrad c. Alemania*, al Tribunal Constitucional español se le presentaba una buena ocasión para establecer una doctrina sobre el asunto que no dejará aprovechar. Como se dijo, más allá de limarse a desestimar el recurso tras realizar una correcta delimitación del derecho fundamental sobre el que solicita amparo, el Tribunal se planteará la hipótesis de que la motivación de los padres hubiese estado efectivamente vinculada a sus creencias religiosas o filosóficas y, por lo tanto, *prima facie* amparada por el 27.3 de la Constitución, para dar respuesta a esta cuestión a través de una ortodoxa aplicación del principio de proporcionalidad, en la que es evidente la influencia de la doctrina avanzada por el TEDH.

El Tribunal va partir para ello de un presupuesto que tiene implicaciones importantes, y es el de que el legislador, al configurar como obligatoria la escolarización desde los seis hasta los dieciséis años, está eligiendo una de las formas posibles de implementar el mandato del artículo 27.4 que establece la obligatoriedad de la educación. De esto ya puede deducirse que para el Tribunal una opción legislativa que posibilitara la educación en casa no sería en principio una opción inconstitucional. No obstante, pese a entender que no es ejecución de la Constitución, el Tribunal sí deja ver en su argumentación que la decisión de escolarizar obligatoriamente a los menores entre seis y dieciséis años es una decisión que sintoniza con el marco constitucional que dispone el artículo 27, y ello considerando el rol que este impone al Estado en la programación, inspección y homologación de la enseñanza y, sobre todo –señala el Tribunal– el hecho de que la Constitución impone que el derecho a la educación se oriente al “pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Esta última sería la finalidad legítima sobre la

²¹ TEDH *Refah Partisi and others v. Turkey*, 13 de febrero 2003, párr. 89.

²² TEDH *Konrad v. Germany*, párr. I. Igualmente, por tratarse de una medida prevista por la ley y necesaria en una sociedad democrática para garantizar el derecho a la educación de los menores, tampoco entiende el Tribunal que la negativa de las autoridades alemanas vulnera el derecho a la intimidad familiar ni el propio derecho a la libertad religiosa, garantizados respectivamente en los artículos 8 y 9 del Convenio Europeo. TEDH *Konrad v. Germany*, párr. II.

descansaría la opción del legislador de imponer una educación en sociedad, —es decir, en las escuelas— durante determinados años²³.

En esta misma línea, el Tribunal avala la necesidad de la medida sin ocultar una cierta simpatía hacia la misma y digo esto porque, aun reconociendo que existen otros modelos más permisivos en nuestro entorno²⁴, el Tribunal considera la escolarización obligatoria como la forma más eficaz de poner en contacto a los alumnos con la diversidad y pluralidad existente en la sociedad y, también, de facilitar el pleno desarrollo de la personalidad de los menores²⁵. Finalmente, por lo que se refiere a la adecuación a las exigencias derivadas de la “proporcionalidad en sentido estricto”, el Tribunal va a insistir en dos circunstancias que avalarían la imposición de la escolarización obligatoria. La primera de ellas es que, en ningún caso, esta imposición compromete la posibilidad que van a seguir teniendo los padres de transmitir a sus hijos los valores y conocimientos que consideren adecuados, en el ámbito estrictamente familiar. Y, en segundo lugar, el Tribunal recuerda que la propia Constitución ampara como un derecho fundamental, la libertad de los padres para elegir y también crear centros docentes en los que, dentro de los límites que impone la Constitución, estos puedan hacer realidad sus anhelos educativos²⁶. Como

²³ STC 133/2010, Fjº 7.

²⁴ A este respecto Ana María Redondo distingue cuatro grupos de país según la solución jurídica que estos ofrecen a la cuestión del *home schooling*. El primero estaría conformado por los países que históricamente ha reconocido y regulado esta posibilidad, tales como Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Noruega y Portugal. En segundo lugar, la autora apunta a Austria como un caso específico, donde no existiendo una regulación histórica de reconocimiento, el *home schooling* ha sido finalmente aceptado en términos similares a los países anteriormente citados. Un tercer grupo estaría conformado por aquellos países que si bien equiparan educación obligatoria con escolarización, de forma puntual toleran ciertos casos de educación en el hogar. Entre los países que la autora señala están los Países Bajos, Grecia, Suiza y España, aunque entiendo que después de la sentencia 103/2010 del Tribunal Constitucional, España encaja peor en el mismo. Finalmente, la autora sitúa como un modelo aparte al modelo alemán donde existe como hemos visto una prohibición específica de esta práctica educativa. Vid. ANA MARÍA REDONDO, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria*, Valencia, 2003, pp. 138-139.

²⁵ STC 133/2010, Fjº 7 b.

²⁶ En el trabajo ya citado de la profesora Ana María Redondo, la autora planteaba la hipótesis de la aplicación del principio de proporcionalidad a la imposición del legislador de la escolarización obligatoria con un resultado diverso al que posteriormente ha ya llegado el Tribunal. Para la profesora Redondo, la decisión de imponer la escolarización, si bien posee una finalidad legítima, no puede, sin embargo, considerarse estrictamente indispensable, fundamentalmente por el hecho señalado de que existen otros países que con soluciones menos gravosas para el derecho de los padres a educar a sus hijos ha logrado igualmente garantizar el derecho del menor a la educación. Finalmente, la autora tampoco considera que la medida fuera razonable, en tanto los beneficios que trae consigo la limitación del derecho —el de los padres— no son mayores que las ventajas que de esta limitación se derivan para el derecho a la educación de los hijos. Vid. Vid. ANA MARÍA REDONDO, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria*, pp. 163-165.

bien señala el Tribunal, la escolarización obligatoria en nada estaría afectando a esta libertad que no deja de ser el cauce propio para satisfacer las demandas educativas de las familias²⁷.

En resumen, podríamos decir que la sentencia del Tribunal ha dejado claramente establecida una doctrina sobre la compatibilidad entre el *home schooling* y la Constitución española que podría resumirse en que el artículo 27 no impone que el derecho a la educación se haya de satisfacer en la escuela pública o privada homologada, pero sí constituye una elección legítima del legislador circunscribirlo a estos ámbitos imponiendo la escolarización obligatoria. Sin olvidar, es importante, que en cualquier caso la legalización del *home schooling* no puede implicar una dejación por parte del Estado de las labores de programación, inspección y homologación que la Constitución le otorga en el ámbito educativo. De esta forma, un modelo de *homeschooling* donde el Estado careciera de los mecanismos suficientes para verificar que la educación se imparte según su programación general y respetando los valores que hace objeto de la misma el artículo 27.2, sería, en mi opinión, un modelo contrario a la Constitución.

4. Reflexiones finales. ¿Debe legislarse para permitir el home schooling?

Ante la doctrina constitucional que acabamos de ver y como conclusión final, cabe reflexionar brevemente sobre la pertinencia o no de habilitar legislativamente esta opción a favor de los padres cuyas convicciones personales impongan o sugieran la educación de sus hijos en casa.

Es fácil de apreciar cómo en los últimos tiempos se ha intensificado la atención en los objetivos con los que el 27.2 de la Constitución vincula al derecho a la educación, una circunstancia que creo que está muy relacionada con la consolidación del pluralismo en nuestra sociedad y, en concreto, con la necesidad de profundizar en la creación de un *ethos* democrático que integre constitucionalmente a los nuevos ciudadanos. Era difícil de imaginar en este sentido, la relevancia que acabaría adquiriendo después de los años, ese concepto de “ideario constitucional educativo” que Francisco Tomás y Valiente avanzara en su voto particular a la conocida sentencia 5/1985 de nuestro Tribunal Constitucional. Una noción sobre cuyo alcance la doctrina parece obligada a debatir por lo menos mientras continúe la inercia conflictiva de la última reforma educativa de nuestro país que implementa la asignatura “educación para la ciudadanía”²⁸. A este respecto, si esta ley ha sido el exponente

²⁷ STC 133/2010, Fjº 8.

²⁸ Vid. BENITO ALÁEZ CORRAL, “Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre educación para la ciudadanía”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº5, pp. 24-33.

de en qué puede traducirse esta comprensión sustantiva del 27.2 dentro de los planes de estudio, la sentencia que acabamos de ver es también, en buena medida, una buena muestra de cómo poner el acento en los fines constitucionales de la educación afecta también el entendimiento del artículo 27 y a la respuesta constitucional que ofrezcamos a determinadas demandas de reconocimiento de la diferencia.

No obstante, se trata de dos dinámicas sobre las cuales creo que es necesario reflexionar y establecer diferenciaciones. Sin ánimo de abordar aquí los problemas jurídicos ya judicializados que ha planteado la asignatura de “educación para la ciudadanía”, sí diré que comparto la opinión de quienes han sostenido la plena constitucionalidad de la asignatura, cuyo fundamento constitucional de legitimación sería el propio artículo 27.2²⁹. No obstante, creo que no pueden obviarse que son muchas las cautelas con las que ha de proyectarse en la legislación esta lectura, digamos militante, del 27.2³⁰. Me limitaré en este caso a decir que me parecen muy convincentes, hasta el punto de que cuestionan seriamente la pertinencia de esta asignatura, los argumentos esgrimidos por el profesor Prieto Sanchís en su reciente trabajo “educación para la ciudadanía y objeción de conciencia”. Unas razones que, resumiendo mucho, giran sobre la idea de que resulta prácticamente imposible mantener la neutralidad de una asignatura cuyo contenido, primero en los manuales, y luego a través del centro y profesorado que la impartan, va a tender a impregnarse fácilmente de consideraciones ideológicas y religiosas ajenas del todo punto a los propósitos iniciales de la misma³¹.

Sin embargo, me parece mucho menos conflictiva esta otra interpretación del artículo 27.2 de la Constitución como un límite a ciertas tentativas de aislamiento comunitario, o, como es el caso que acabamos de ver, como un principio legitimador de una política legislativa que no atienda a ciertas demandas que al amparo en los derechos inherentes a la patria potestad pretenden limitar la integración social de los menores a su cargo.

Creo que no hay duda de que la mera convivencia en la pluralidad, sin necesidad de dedicar un espacio específico para la educación en valores, constituye en sí misma uno de los instrumentos más eficaces para forjar en el alumno un conocimiento y respeto del pluralismo, y, también, para demos-

²⁹ Véase, entre otros, BENITO ALÁEZ CORRAL, “Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres...”, op. cit., JUAN JOSÉ SOLOZABAL ECHEVARRÍA, “La enseñanza de valores entre la libertad ideológica y el derecho a la educación”, en VVAA, *La educación en valores*, Madrid, 2007, p. 142; DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Madrid, 2008.

³⁰ En este sentido, ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “Educación para la ciudadanía. Una perspectiva constitucional”, en *Educación en valores*, op. cit.

³¹ LUIS PRIETO SANCHÍS, “Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia”, *Persona y Derecho*, 60, 2009, pp. 209-240.

trarle la importancia de la comunicación y la deliberación a la hora de participar en los asuntos comunes. No obstante, al margen de estas virtudes democráticas, en mi opinión, es más importante aún el hecho de que la decisión de hacer obligatoria la escolarización está estrechamente vinculada a la garantía de un valor fundamental en este ámbito y al que también alude el 27.2 de nuestra Constitución, y que es el de el libre desarrollo de la personalidad del menor³². Un valor que no puede verse subordinado al derecho que los padres tienen con respecto a la educación de sus hijos. Por lo tanto, ante la disyuntiva de legalizar la opción del *home schooling*, he de decir que, desde mi punto de vista, la escolarización obligatoria es un elemento clave del equilibrio entre los valores constitucionales en juego, a los que hicimos mención al inicio de este trabajo y que por ese motivo es necesario que el legislador la preserve. Privar a los menores del contacto con la sociedad, es limitarlos radicalmente de la oportunidad de atender y escoger entre distintas opciones vitales. Educando a los menores al margen de la escuela y en base a una sola forma de entender la realidad, se les está privando de la posibilidad de enriquecerse con los estímulos de una pluralidad en la que después tendrán que desenvolverse cuando sean ciudadanos adultos. Creo que es importante recordar en este sentido que tan contrario es a los postulados del liberalismo el que el estado adocrine en una visión del mundo a los menores como el que lo hagan sus padres³³.

La neutralidad de la escuela pública, la posibilidad de crear escuelas privadas homologadas, el derecho que tienen los padres a educar a sus hijos paralelamente a la escuela y la escolarización obligatoria, todos estos factores,

³² ANA MARÍA VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Madrid, 2009, en especial, pp. 255-257

³³ Discrepo, a este respecto, con el profesor José María Martí Sánchez quien en un reciente e interesante artículo señala lo siguiente en relación a la sentencia 133/2010. Para el autor el Tribunal “se ha decantado por la prevalencia del Estado en la aplicación del artículo 27 y ha olvidado la subsidiariedad. La Constitución pone el vértice de la organización de la convivencia en la persona y su libre desarrollo (art.10.1). Lo ratifica en el valor superior de la libertad (art. 1.1) En consecuencia, la actuación de los poderes públicos, sino quiere convertirse en una fuerza distorsionadora, reviste de un carácter subsidiario o coadyuvante”. Como se desprende de lo dicho arriba, en mi opinión, la escolarización obligatoria se sitúa precisamente en este parámetro liberal que el autor reclama y lo hace tomando en cuenta la garantía de la libertad de opciones del menor que ha de erigirse en este caso como un límite a los derechos educativos de los padres que en ningún pueden considerarse absolutos. Por otro lado, en mi opinión, este papel subsidiario del Estado está presente desde el momento en que, en determinadas facetas de la instrucción del menor, el Estado no sólo subsidiario sino incompetente, de ahí su necesaria neutralidad religiosa, y de ahí que sean los padres quienes hayan de decidir la educación religiosa que quieran para sus hijos tanto dentro como fuera de la escuela. Vid. JOSÉ MARTÍ SANCHEZ, “El home schooling en el derecho español”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 25, 2011, p.15.

dibujan un modelo equilibrado que no sacrifica ni los valores democráticos de la educación, ni los derechos de los padres en este ámbito, ni el libre desarrollo de la personalidad del menor, un valor este último que ha de inspirar el diseño de todo el sistema educativo en consonancia con el propio 10.2 y 27.2 de la Constitución.

Creo que el juez Douglas, en el voto particular con el que se oponía a la citada sentencia *Wisconsin c. Yoder*, definió la importancia de atender a esto último de una manera que entiendo inmejorable y que bien puede servir de epílogo:

“Es el futuro del estudiante, no el futuro de los padres, el que está en juego con esta decisión. Si los padres mantienen a su hijo fuera de la escuela, este niño se verá privado para siempre de adentrarse en el nuevo y fascinante mundo de la diversidad que tenemos hoy en día... Es la voluntad del estudiante, no la de sus padres, esto es esencial tenerlo claro, si nosotros queremos dar pleno significado a lo que nosotros hemos dicho sobre la Declaración de Derechos y *al derecho de los estudiantes a ser maestros de su propio destino*”.

Voluntad transformadora del sindicato democrático

Manuel M^a Zorrilla Ruiz

Catedrático Emérito de la Universidad de Deusto
Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Presidente de la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España

Recibido: 10.01.2011

Aceptado: 28.01.2011

Resumen: El sistema constitucional español concibe el sindicato como un agente del esfuerzo de transformación requerido para producir el cambio social. La libertad que el sindicato ejerce, debe ser real y efectiva, sin incurrir en vaguedades históricas y comprometiéndose con el espíritu del cambio. La morfología sindical abarca la figura del sindicato clásico, las modalidades asamblearias, las representaciones unitarias y cierta uniones sin personalidad. La transformación significa que el sindicato se apropia los nuevos intereses que, al hacerse visibles, deben promoverse y defenderse para construir una sociedad más igual y más libre. El sindicato realiza esta tarea en conexión con los poderes públicos que, previos los tempestivos controles, apoyan sus iniciativas.

Palabras clave: Apoyo, contribución, control, esfuerzo transformador, intereses propios, poderes públicos.

Abstract: *The Spanish Constitutional system conceives the labour union as an agent of the transformer effort required to perform the social change. The freedom exercised by the labour union must be real and effective, without incurring in historic vagueness and undertaking the spirit of the change. The structure of the trade unions includes the figure of the classic composition or delegate democracy, the workers assemblies, the unitary representations and some unions without personality. The transformation means that the trade union appropriates the new interests which must be protected to reach a more equal and free society. The trade union pursues this task connecting with the public powers which, after the necessary controls, help these initiatives.*

Key words: *Help, contribution, control, transformer effort, proper interests, public powers.*

Sumario: 1. Necesidad, actualidad y entorno axiológico de la tesis que supera la noción simplista de *reforma* y encarece el significado del *esfuerzo de transformación*. –2. Particularidades de la *condición privilegiada* y del carácter de *poder cuasipúblico* que otorga al sindicato su enclave en el Título Preliminar de la Constitución española de 1.978. –3. Meditaciones históricas que es obligado hacer y operaciones conducentes a intentar la delimitación conceptual del sindicato. –4. Innovaciones que introducen las variantes de la *contribución constitucionalizada* de los sindicatos y ejemplos de las peripecias o arbitrios ideados para racionalizar su potencial. –5. Notabilidad de la doctrina favorable al *papel de suplencia* que puede

desempeñar el sindicato en cuanto a la presencia social y el ejercicio de las funciones de los partidos políticos. –6. Hostilidad que el *fenómeno mundializador* desencadena frente al afán de recobrar la autenticidad e integridad de las libertades sindicales. –7. Diseño constitucional de los modos con que la *contribución del sindicato* provee a la suerte de los intereses legítimos que, como propios, viene obligado a promover y defender. –8. Envergadura, proyección y difusión de las actividades de contribución sindical. –9. ¿Se aprecia algún reciente testimonio de la *voluntad transformadora del sindicato democrático*?

1. Necesidad, actualidad y entorno axiológico de la tesis que supera la noción simplista de reforma y encarece el significado del esfuerzo de transformación

El art. 7 CE (Constitución española de 27 de diciembre de 1978) –relativo a los *sindicatos de trabajadores* y a las *asociaciones de empresarios*– ha despertado una especial curiosidad sobre el papel de los primeros. La doctrina del *esfuerzo de transformación* –emanada del art. 9.2 CE– les inscribe en la *enumeración privilegiada de los grupos sociales* o comunidades cuyas libertades deben impulsarse y cuyas demoras se han de eliminar sin paliativos ni pretextos. Este atrevido *paso al frente* culmina la evolución del proceso que, dejando atrás las libertades formales del Estado de Derecho liberal burgués, preconiza la *aspiración liberadora* del Estado social y democrático de Derecho. Hay que estimular los adelantos que, fundados en la práctica emancipadora de los sindicatos y en el testimonio de los agentes de cooperación, desencadenen un *cambio social* más valedero que los ensayados hasta entonces.

El mérito de la pretensión –superadora de las ambiciones que, a su tiempo, restauraron la normalidad democrática europea– obedece al descrédito del concepto de *simple reforma* y a la sustitución del *proyecto revolucionario* de los sindicatos –extinto a causa de su desistimiento– por un subrogado de notables repercusiones sociales. Se buscan soluciones que, sin rupturas estentóreas, determinen un giro adaptado a las esperanzas colectivas, consecuente con la dignidad de sus inquietudes, libre de traumas convulsivos e incompatible con la continuidad de situaciones que, luciendo la *etiqueta del cambio*, poco o nada tienen de transformadoras.

El cuerpo de doctrina informador de estas orientaciones provino del *acuerdo tácito* impuesto por las circunstancias históricas a los sindicatos y al modelo del Estado social y democrático de Derecho que, al terminar la 2^a Guerra Mundial, ambientaba el espacio político europeo. Los sindicatos –en trance de capitalizar unas mudanzas avizoradas a la vuelta de la esquina– acataron, sin merma de su autonomía, los nuevos esquemas constitucionales y aceptaron las reglas de juego con que los promotores de otro estado de cosas les invitaban a entrar en escena. Desecharon el proyecto de *revolución inter-*

nacional exterior – trituradora de las instituciones del Estado demoliberal– y abdicaron de las predicciones que, augurando la dictadura del proletariado, llevarían al *fin de la Historia*. Se reservaron el derecho a incoar las transformaciones sociales que, disociadas de anacronismos notálgicos, nacerían de una *revolución pendiente* y torrencial a cargo de los poderes de hecho y de Derecho. El transcurso del tiempo pondría las cosas en su sitio y arrojaría luz sobre las perspectivas optimistas de la *era del cambio*.

Esta dinámica de acción y reflexión descansaba en las pautas con que una original opción del pensamiento jurídico soviético había ensalzado las virtudes de un *Derecho nuevo* cuyos agentes –entre los que se contaban las organizaciones sindicales– no se limitarían a pacificar los conflictos habidos en el seno de las sociedades. Las causas de una conflictividad desproporcionada y estéril no podían desahuciarse de la esfera social sin los alicientes de una *política transformadora* que, mejorando las insuficiencias de los modos usuales de composición de conflictos, crease las condiciones necesarias para morigerar las tensiones de los antagonismos destructivos.

2. Particularidades de la *condición privilegiada* y del carácter de *poder cuasipúblico* que otorga al sindicato su enclave en el Título Preliminar de la Constitución española de 1.978

El sindicato se ha erigido en un *poder cuasipúblico* resuelto ¿? a transformar –sumando un *plus de calidad* a los intereses generales en pro de los que actúa– las anomalías o injusticias de situaciones preexistentes que casi todo lo esperan de su auxilio. Se le considera sujeto de Derecho de Gentes de base institucional, porque carece del soporte territorial de la presencia física que, para el enjuiciamiento de la opinión pública y el aprendizaje de los hechos históricos, requiere el ejercicio de sus libertades. El carácter de sus pretensiones, sus contenidos programáticos y el respaldo de las instancias supranacionales no dieron margen de disconformidad a los Estados soberanos, ávidos de entablar con las organizaciones sindicales relaciones en las que, según el *principio de igualdad material*, primaban, unas veces, los *deberes solidarios de apoyo* y, otras, prevalecían las *obligaciones cautelares de control*. El sindicato –luego de sopesar los inconvenientes y ventajas de dichos contactos– se instaló sin perplejidades ni arrebatos, porque el Derecho de Gentes del Trabajo y el signo de la civilización lo demandaban, en los espacios geográficos subyacentes a la soberanía del Estado.

La *autonomía sindical* no se pliega al poder del Estado, que acoge de buen grado su funcionamiento y alienta la espontaneidad de sus conquistas, pero el sindicato ha de atenerse a los mínimos de Derecho necesario y de orden público políticoadministrativo –la tranquilidad y la normalidad de la calle que el art. 10.1 CE ha denominado *paz social*– y respetar las libertades convergentes de que depende el acceso a otras de nueva factura. Lo prueban los arts. 3 II CI (Constitución italiana de 27 de diciembre de 1.947) y 9.2 CE.

Coexisten dos ordenamientos jurídicos –de base territorial e institucional respectivamente– en los que, de una parte, la soberanía estatal y, de otra, la autonomía colectiva sindical derraman las regulaciones dictadas por las potestades normativas competentes para convertirlas en Derecho objetivo, desenvolverlas, aplicarlas y hacerlas cumplir. Sus relaciones se asemejan al marco de las propuestas y contactos que, según los modos de entender el alcance de sus vinculaciones, se juzgaron históricamente adecuados para flexibilizar la colaboración de los poderes seculares con el poder eclesiástico. Las *acciones estatales de control* y las *medidas oficiales de apoyo* garantizan las modalidades de interacción y las preferencias fiables de un equilibrio duradero. Las unas evitan que, a falta de un prudencialismo preventivo, el frenesí del sindicalismo democrático –cautivo de la *tentación totalitaria* o de otras claudicaciones censurables– esquilme los atributos capitales de la soberanía política. Las otras reprimen los menoscabos de la autonomía con que la tenacidad del sindicato denuncia los comportamientos que vulneran la esencia de sus libertades. Las clásicas nociones de *policía*, *fomento*, *servicio público* y *gestión económica* integran, por desiguales partes, el reducto de las relaciones de los poderes oficiales con el universo sindical.

El art. 7 CE alude a una *libertad de asociación empresarial* que sólo ha provocado una atención discreta, porque los compromisos del esfuerzo de transformación no se enderezaban a exaltar la causa de los empleadores, ni mediaban argumentos de peso para acometer iniciativas de ese corte. Otra cosa es que, ante lo convulso de una crisis económica más estructural y recurrente que coyuntural y transitoria, las funciones sociales de la libertad de empresa –que el art. 38 CE predica del regular funcionamiento de la economía de mercado y no de los atropellos del *liberalismo salvaje*– merezcan atenciones que poco o nada tienen de propósito salvífico. La *cláusula transformadora y social* del art. 9.2 CE invita a examinar, desde las atalayas sindicales, un haz de conceptos jurídicos indeterminados que acreditan lo sagaz y fructífero de las interpretaciones respaldadas por el *valor superior del pluralismo político*. Amén de que, gracias a un protagonismo novedoso, el sindicato pase a residir en el TPCE (Título Preliminar de la Constitución española), las variantes de su actividad se reconocen como *derechos fundamentales* y reciben el tratamiento que la sec. 2^a, cap. 2^o, tít. I CE dedica a su protección y desarrollo. El constituyente incurrió en el defecto –contextual y sistemático– de que el TPCE silenciase las especies colectivas de intervención sindical, aunque art. 28.1 CE haya enmendado la omisión sólo en parte. De haberse dado una redacción exhaustiva y exacta, sobrarían las precisiones que, para rellenar esa laguna, se han hecho más tarde.

Un cuerpo de doctrina solvente y responsable adjudica al TPCE la etiqueta jurídica de *pasaje privilegiado*, no en la acepción tradicional de una excepcionalidad irrepetible, que suspende la generalidad de la ley, y sí a los efectos de certificar la impronta del *espíritu de cambio*. La audacia de su testimonio impregna los principios y/ preceptos siguientes de la carta política, a

fin de que esta *introducción* sirva de criterio auténtico de interpretación de las normas de Derecho Positivo que, quiérase o no, se sensibilizan a los toques de atención del progreso. El privilegio implica que los iconos del TPCE pueden asistir a cuantos acontecimientos se subsuman en las regulaciones de la legalidad fundamental y afecten a intereses que dependen de los actos legítimos de apropiación relacionados con la *idea de servicio* o las *vivencias del sentimiento constitucional*. La referencia al sindicato responde a estos modos de ver y razonar. Al manejar los preceptos aplicables a los distintos supuestos en que resplandece la acción combativa de los sindicatos, ha de primar la oportunidad deparada por la lectura –imaginativa y global– del TPCE y estarse a lo que, enalteciendo la causa sindical, es, significa y representa su cualidad privilegiada. Cuando las reivindicaciones sindicales toleran comprensiones equívocas o alternativas, prevalecen las que –frente a las escudadas en una tozuda *voluntad inmovilista*– aportan apreciables mudanzas de las libertades que van a enriquecerse.

El objetivo de *establecer una sociedad democrática avanzada* se remite a un futuro costosamente imaginable ante la estupefacción que produce la singularidad del *doble prefacio de la carta política*. A saber, el que forman el Pr.CE (Preámbulo de la Constitución española) propiamente dicho y el TPCE. Una objeción que no se salva con evasiones anecdóticas, porque es patente el dedo acusador de los pasajes que convencen de que *el interrogante sigue ahí* y aguarda el parecer de cuantas mentes asombradas intuyen los problemas que, congelados de presente, pueden surgir más tarde o más temprano. ¿Acaso hay mecanismos de efecto retardado que sigilosamente aguardan sus *oportunidades explosivas* en la intimidad del texto constitucional?

La cointegración de ambos elementos interpretativos no es gratuita y, aun constando el ajeteo de ponerla en marcha, se ha de tener en cuenta. El TPCE, línea de salida de la carrera de desvelos emprendida por los fundadores de la carta política, condensa –junto a sus novedades– las clásicas inspiraciones y los principios transaccionales que, en el curso del tiempo, suavizan o entumescen los modos de entenderlos. La invención del *consenso* –hoy reemplazada por el cultivo y la publicidad de la *memoria histórica*– no se compagina con ciertos aspectos esenciales de la seguridad jurídica que el art. 9.3 CE dice garantizar. ¿Qué juicio merecen las enmiendas extravagantes venidas de *corrientes ilustradas* a las que quiso resarcirse del daño consistente en su exclusión del cuerpo de juristas autores de la carta política? Los así marginados de la redacción del *texto prologado* o parte dispositiva de la CE, lograron una entrada –complaciente y tardía– de inofensivas apariencias. Cada una de ellas era una dec. Pr. CE (decisión del Preámbulo de la Constitución española). Para calmar la irritación de los agraviados por la enemistad política o los celos dogmáticos de los intervinientes de origen, se formó una *comisión adicional* que antepuso al texto constitucional el que, bajo la rúbrica de *Preámbulo*, afirmaba la *voluntad de establecer la sociedad democrática avanzada* que la dec. 5 Pr. CE predecía. Los autores directos de la ley fundamental renunciaron a

redactar la introducción y, accediendo a una forma híbrida de compensación, aceptaron que ese *proemio* fuese obra de juristas extraños a la paternidad de una norma jurídica en cuyas páginas no habían estampado una sola tilde en negro sobre blanco. Rebasando los límites del esfuerzo de transformación, alentaron la esperanza puesta por algunos de ellos en el *regreso a las utopías del marxismo* camuflado tras un inédito artificio de decoración legislativa. La legalidad fundamental podía reducirse, pasando sobre ascuas, a un instrumento transitorio del cambio enmascarado en la proposición de la dec. 5 Pr. CE. El profetismo colateral ha sucumbido al concluyente enclave del TPCE, *inconfesada e inequívoca Exposición de Motivos* que, desde un principio y para aviso de caminantes, encabeza la parte dispositiva de la CE.

¿Hasta dónde esta ocurrencia respetaba el valor superior del pluralismo político y hurtaba al conocimiento de la opinión pública los peligros de fracturar la imagen de la CE? Su defensa requería propuestas comprensibles, cautivadoras del entendimiento y la emoción, homogéneamente divulgadas y exentas de solicitudes ambiguas. Ajenas al camino insinuado en la dec. 5 Pr. CE para tonificar el espíritu de cambio y el invento de *revolución interior* que, como *obligaciones naturales* de los poderes públicos, vaticinaba el mensaje del art. 9.2 CE.

3. Consideraciones históricas que es obligado hacer y operaciones que han de examinarse para intentar la delimitación conceptual del sindicato

El art. 7 CE suscita el tema de la *delimitación conceptual del sindicato* que, como toda comunidad procedente de decisiones claras y tenaces, emerge y progresa a partir de una *colectividad anterior* o agregación mecánica de personas físicas. Lo irresistible de los acontecimientos las aprisiona en un ámbito de intereses –conglomerado de apetencias que discurren en pos de bienes útiles– y les impide desentenderse de sus nexos con la curiosidad del pensamiento y las inquietudes del bienestar general. Sus pobladores –entregados a tareas idénticas o semejantes– advierten cómo, con visos de continuidad y duración, comparten vivencias o acarician proyectos comunes, a cuyo crecimiento –saboteado por las legiones de los enemigos del progreso– no pueden renunciar sin que, de por vida, les persiga la certeza de haberse *condenado a muerte moral*.

La figura del sindicato –arreglado a las pautas de la *democracia delegada*– surgió del concierto que, para repartirse el botín incautado a los totalitarismos reaccionarios, estipularon las potencias victoriosas en la 2^a Guerra Mundial. Los movimientos sindicales se desdijeron de unas vías revolucionarias tan azarosas de trazar como enconadas de seguir. Advertiendo los *pros* y los *contras* del cambio de rumbo, decidieron jugar el papel de *interlocutores válidos* de los poderes públicos en los países industrializados con economía de mercado, donde se abrían tentadores escenarios económicos que enriquecían la lógica de los objetivos sindicales. El Estado democrático de

nuevo cuño socializó los derechos individuales de corte clásico, constitucionalizados por el Estado demoliberal y devenidos luego *derechos-función* de estimulante contenido. Elevó a la categoría de *intereses vestidos* o derechos subjetivos sociales los que, como *intereses desnudos* o ayunos de tutela jurídica, propugnaban los sindicatos celosos de su advenimiento al campo de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Obtuvieron la protección que, junto a su núcleo invulnerable y/o sus connotaciones periféricas, garantizaba el *acceso a la jurisdicción* para dilucidar los conflictos nacidos de sus incidencias. Se puso fin a la *demonización de la judicatura* que, según los reproches de la voz sindical, no ocultaba su estirpe burguesa y paralizaba los arrestos del Derecho inspirado en una Política Social moderna y agresiva. La recriminación no era de ayer y se sumaba a los denuestos que, en coyunturas similares, los sindicatos habían dedicado al *universo hostil* que componían las confesiones religiosas de su tiempo, la milicia, la aristocracia y los banqueros.

El ordenamiento jurídico del sindicato se asemeja al del Estado soberano, aunque las potestades oficiales de control entrañen algunas diferencias. Control que, luego de ejercitarse toscamente, se tecnifica y pasa a ser un *aspecto básico del derecho fundamental a la efectiva tutela judicial* de situaciones conflictivas en que –mediante respuestas razonables y jurídicamente motivadas sobre el fondo de los problemas litigiosos– se declara cómo y hasta dónde los sindicatos deben ejercitar, con arreglo a Derecho, sus libertades naturales. También han de acatar las normas dictadas por los poderes públicos para salvaguardar los *mínimos de adecuación al Derecho necesario* –textual o virtual– que ineludiblemente les conmina.

El Estado social de Derecho cumple un deber sobrevenido cuando, proveyendo a la recepción del sindicato, le dispensa su ayuda para forjar una *civilizada coexistencia* –purgada de antagonismos anacrónicos– y apoyar sus buenos oficios de contribución. Uno de ellos consiste en mejorar, gracias a la negociación colectiva, las condiciones contractuales de trabajo y acordar las novaciones cíclicas que –en virtud de una eficacia frente a todos, homóloga de la generalidad de las leyes– reponen el equilibrio roto por el abuso de los poderes de organización y dirección que los empresarios ejercitan. Dicha negociación restaura, durante un *período de tregua* o paz social sensatamente establecido, la conmutatividad o *equivalencia objetiva* de las prestaciones que –a diferencia de las especies gobernadas por el principio de autonomía de la voluntad y la *equivalencia subjetiva* de aquéllas– se predica de la naturaleza de las relaciones individuales de trabajo.

La implantación sindical presta el arraigo que contribuye a defender, en la parte que le toca, el *orden político* y la *paz social* de que hace mérito el art. 10.1 CE. Uno y otra afianzan la cohesión de la sociedad pluralista –conjugando los riesgos de su disolución y/o retroceso– y aseguran la continuidad de la dación de bienes y servicios al mercado de libre competencia. *Contribuir* no sólo significa que se ha de actuar en consonancia con otras instancias so-

ciales y políticas, sino también que el ejercicio del poder sindical —encaminado a conseguirlo— no constituye el cumplimiento de una *obligación de fines o de resultado*. Nace de una *obligación de medios o de simple actividad* que, al pactarse la tregua normalizadora de las relaciones industriales, trasluce el esfuerzo con que el ascendiente del sindicato representativo intenta que otras organizaciones sindicales —menos arraigadas— se adhieran a sus compromisos pacificadores. El fracaso de la contribución no es imputable al sindicato que —a la luz de las particularidades de los protagonistas, del tiempo y del lugar— consiga probar cómo, pese al agotamiento de las dosis de atención y cuidado peculiares de la diligencia exigible, su designio fenece ante lo insuperable de las trabas que impiden o dificultan sumamente el buen fin de sus *actividades de influencia*.

Las estrategias y los desencuentros sindicales han dado lugar a que el ejercicio del deber de paz se convierta en un ente de razón frente al cúmulo de ponderables y fuerzas mayores que entorpecen su efectivo cumplimiento. Se diagnostica un *proceso de desigualación* que empobrece e inhibe los ímpetus de la ambición transformadora. La negociación colectiva —pieza básica del orden nuevo de las relaciones industriales— aumenta las cargas de los empleadores, urgidos a cumplir íntegramente la parte normativa de los convenios, y aligera las de los sindicatos representativos que, sin apenas incomodidades, se desligan de la parte obligacional de esos acuerdos.

La irrupción del modelo de sindicato clásico en el Estado social y democrático de Derecho alentó la ida en pos de las *ventajas cuantitativas* y dio paso al aburguesamiento de la clase trabajadora que, renegando de sus orígenes históricos, se embarcó en la aventuras de un frenético estallido consumista que el adoctrinamiento sindical no desautorizó ni dejó fuera de juego. Se adujo que esas satisfacciones compensaban los pasados sacrificios —tendientes a forjar el utópico *fin de la historia*— y que la clase trabajadora, huérfana de la protección pedagógica de un sindicato inmune a los reproches de su mala conciencia, se eximía de las *obligaciones cualitativas* que aun formaban el bloque de sus asignaturas pendientes.

La permisividad del sindicato tradicional erosionó la conciencia de clase de los trabajadores y aniquiló buena parte de sus aspiraciones. Se prefirió el prestigio inmediato de esas utilidades al crédito aplazado de un incierto futuro. El romántico encanto de las utopías quedó atrás, como si hubiese corrido la suerte de un *envejecido cachivache*. No se advirtió que, lejos de estabilizarse, la situación sólo perduraba mientras las riquezas extractivas de las explotaciones coloniales o cuasicoloniales asegurasen, mediante una competencia soportable, los márgenes aceptables de beneficio industrial. Los sindicatos se valieron de esta circunstancia para ceñirse a intervenir como *agentes de gestión* —favorecidos por el estreno de la reciente Política Social de los Estados soberanos— y rehuir los escenarios álgidos de la confrontación o el desafío. El capital elogiaba —como expresión elocuente de progreso— las inclinaciones consumistas que, lejos de animar los *pasos al frente* de una Política Social equitativa, minaban las energías morales del mundo del trabajo y le alejaban

de unas metas que, pendientes de alcanzarse, se olvidaban definitivamente o se relegaban a un segundo plano.

El enardecimiento sociopolítico del *principio de autodeterminación de los pueblos* fulminó la explotación de los modelos coloniales y cuasicoloniales, terminó con el aprovisionamiento abusivo de los bienes de producción, agravó las dificultades de sustituirlos, aumentó las fricciones de la competencia y, para sortear tantos y tan enojosos escollos, encendió la pavorosa mecha de las *técnicas de racionalización*. Se debieron éstas a la necesidad – que asediaba al factor-capital– de no quedar al margen de los mercados de libre concurrencia, donde las fuerzas de la producción más precavidas usaban de la tecnología para evitar su expulsión y descartar los riesgos que obstaban a la consecución del beneficio. Invocando las razones del *culto a la productividad*, crecieron inhumanamente los ritmos de trabajo y las obligaciones de medios de los trabajadores se degradaron a cuasiobligaciones de resultado dependientes de las cifras de bienes y/o servicios ofrecidos a los consumidores. Sin suavizarse un ápice la acritud de las relaciones colectivas, la fatiga industrial apareció asociada al sistema de la remuneración por incentivos. Los trabajadores pasaron a ser, para su desventura, cómplices inconscientes de la explotación que padecían. Se reprodujo y elevó a la segunda potencia el reproche marxista que denunciaba cómo, *lejos de que la personalidad del autor trascendiese a la impresión y visibilidad de la obra bien hecha, impregnando su totalidad, el trabajador se relacionaba con el resultado de su esfuerzo como con un producto extraño*.

El sindicato clásico cuidaba de los intereses colectivos cuya vigencia y suerte radicaban en los grandes ámbitos donde se pregonaban y ejercían sus reivindicaciones. Carecía de preparación para velar por los *intereses colectivos de empresa o centro de trabajo* que –ante el progreso transmitido por las adquisiciones de la economía de la guerra a las demandas de la economía de la paz– emergían en los lugares de empleo, a los que la teoría y la práctica del conflicto industrial habían trasladado los escenarios emblemáticos de sus futuros desencuentros. El aumento de los ritmos de actividad pugnaba con la naturaleza jurídica de un deber individual de trabajar que, sin atender a las aptitudes específicas del trabajador, se supeditaba a la severidad de los *módulos racionalizadores*. La atribución a las personas físicas de la cualidad de *ciudadanos de segunda zona* atentaba contra su dignidad y vulneraba sus derechos fundamentales en el lugar de empleo. Quebraba la equivalencia objetiva de las prestaciones contractuales, castigadas por las servidumbres de una productividad que, al compendiar los fundamentos metodológicos del cambio y lo evidente de sus males, daba cuenta de su *fisonomía demoníaca*. Las primitivas estructuras sindicales cedieron parte de su protagonismo a las especies de *delegación sindical* y de *representación unitaria* –en las empresas o centros de trabajo sujetos a los sistemas de racionalización productiva– que los conceptos jurídicos indeterminados del art. 7 CE han sugerido para internarse en los parajes de la expansión transformadora.

Un objetivo de este sindicalismo era proteger a sus representantes frente a las *demasías tecnológicas* que, escudados en las potestades de organización y dirección, los empleadores manejaban con delectación digna de mejor causa. Los excesos de la obnubilación productiva y el culto al rendimiento se enfrentaron a las tentativas de *acceso a la participación* y a las demás reivindicaciones con que la *democracia industrial* individualizaba sus caminos propios. El universo de las relaciones de trabajo comulgaba con el sistema de vivencias que un enfebrecido sentimiento democrático difundía también a la familia, a las confesiones religiosas, a los espacios universitarios y a los grupos organizados de la sociedad pluralista que mostraban espectaculares adelantos. Se intuían entonces los propósitos de edificar un mundo nuevo y apegado a las novedosas *consignas de la contestación*.

Auspiciando la gran esperanza del art. 9.2 CE, el art. 7 CE acoge el *experimento asambleario* que, como forma incipiente de democracia directa sindical, precedió a la institución de las representaciones unitarias. La lucha de clases no había terminado con la renuncia sindical a la revolución y apremiaba *adueñarse del poder social* mediante operaciones que la ceguera consumista de la clase trabajadora situaba al margen de su contexto de progreso. No se avenía a corregir la indiferencia de un sindicalismo volcado en menesteres de gestión y refractario al testimonio de los enfrentamientos sistemáticos.

El apoyo de los intelectuales y las comunidades universitarias era indispensable para consolidar la recepción real y efectiva del modelo del nuevo sindicato. Toda una aventura de *sindicalismo ilustrado* en que las precipitaciones de la acción sofocaron la serenidad del pensamiento. Aunque la iniciativa perduró en los órganos de representación afines a la democracia directa en los lugares de empleo, su vigor decayó a causa de circunstancias desalentadoras. A saber, el desgaste de la dedicación de los movimientos asamblearios a tiempo completo, la imposibilidad de fraguar una metodología persuasiva para tomar las decisiones en tiempo razonable y no aplazarlas demasiado ni asumirlas sin ponderar los inconvenientes de los excesos de emocionalidad, y el *miedo a ganar* si se conquistaba un poder cuyo ejercicio acarrearía responsabilidades expuestas a frustraciones estridentes.

No es fortuito el tiento con que el art. 129 I CE apura el indicativo sindical del art. 7 CE y anuncia que los poderes públicos promoverán eficazmente las *diversas formas de participación* en la empresa. Esta proclamación –cobijada bajo el rótulo *Economía y Hacienda* (tít. VII CE)– legitima las variantes más dinámicas de sindicalismo y encierra un ingrediente de prudencia que, lejos de originar demoras, afianza la admisibilidad de las versiones sensatas del esfuerzo de transformación. La *eficacia* no equivale al resultado de una ocurrencia respaldada, sin apenas espíritu crítico, por quién sabe qué demandas sociales. Depende de una racionalización densa y pausada que incluye el estudio de su naturaleza y el cómputo de los resultados obtenidos. Requiere convencerse, desde el comienzo de la operación transformadora, de que, ade-

más de incoar experimentos guiados por intenciones óptimas, hay que prever las consecuencias de la participación que se incentiva. No tanto se encara un *sindicalismo dual*, expuesto a disgregaciones e incoherencias, cuanto un *sindicalismo ascendente* que apuesta por formas imaginativas de progreso. Una de ellas, en cuanto máximamente participativa, prueba la *efectividad* –elevación de la eficacia a la segunda potencia– *de los actos de decisionismo político* con que el legislador ordinario elige soluciones genéricamente razonables y específicamente preferibles para atender, llegado el caso, a las demandas sindicales.

4. **Innovaciones que ofrecen las variantes de la *contribución constitucionalizada* de los sindicatos y ejemplos de las peripecias o arbitrios ideados para racionalizar su potencial**

Un aspecto notable de la constitucionalización del sindicato es que sus diversiones –serie de facultades englobadas en la libertad pública que se le adjudica– dependen de conductas observadas en *régimen de contribución*. La elección del verbo típico de esta actividad no es casual, como ocurre también con la dicción que el art. 52 CE dedica al principio rector de la Política Social y Económica en tema de actividades corporativas. La enjundia de los cambios sociales proscribía la frivolidad de atribuirlos a los comportamientos de un único agente que puede pecar de arrogancia, escudarse en eventos externos o aceptar la realidad de su fracaso. La idea de la contribución del sindicato recuerda lo imprescindible de otras asistencias para defender sus intereses peculiares o inmiscuirse en la evolución de los procesos cuyos éxitos se aprovechan de esa peculiar injerencia. El sindicato no está llamado a continuar la ruta incierta de un *navegante audaz y solitario*, y sí a beneficiarse del apoyo de los poderes públicos y de las comunidades asentadas en las zonas manifiestamente mejorables de la sociedad pluralista que se complace en acogerle.

El sindicato es uno de los *poderes de hecho* o instancias cuasipúblicas que vertebra el equilibrio institucional del Estado de las autonomías e impide su dislocación. No en vano los arts. 2, 45.2, 138.1 y 156.1 CE declaran indispensable la *solidaridad colectiva* en un doble concepto. Subjetivamente, porque la falta de solidaridad y el desdén de las virtudes que la totalizan, revelan –como antaño apuntó sagazmente la ciencia canónica– un *empeccatumiento constitucional* que destituye de su dignidad a cuantos se abstienen de socorrer esa indigencia. Objetivamente, ya que los mecanismos de causalidad –cuya regularidad debe producir efectos elogiables– decaen, por menos consistentes, si el crédito de la solidaridad adeudada no acompaña a sus intervenciones. El sindicato se erige en agente principal o coadyuvante de la tutela de los intereses acreedores al celo del esfuerzo de transformación. Cosa distinta es que los mensajes de la dec. 5 Pr.CE y el art. 7 CE se perviertan, trivialicen o reduzcan a claves que, sin interpretaciones de fuste, amalgaman los *pensamientos débiles* y las ofuscaciones que causan.

Un testimonio de solidaridad residiría en la coincidencia reivindicativa de los sindicatos frente a los desafíos o males que postulan remedios urgentes y a prueba de fracaso. Por desgracia, las cosas no han ocurrido de este modo. Frente a la lógica de lo sensatamente presumible, *los sindicatos compiten para situar en el mercado un producto social de calidad y variedad óptimas, y adquirir un prestigio que desplace al de las demás organizaciones concurrentes*. ¿Se asemeja este dato a las proposiciones –pasadas y temibles– que, sobre el destino sobrenatural de los seres humanos caídos en el mundo, sostenían que “*fuera de la Iglesia no hay salvación*”? En trance de exhibir sus recursos y copar los centros de poder que acrecienten su popularidad, los sindicatos no tienden –salvo en las situaciones-límite que agrupan las estrategias defensivas o las oportunidades cualificadas de victoria– a formar con otros sindicatos coaliciones ideológicas que refundan las particularidades de sus ofertas respectivas. Ligados por la comunidad de pensamiento y aceptación de unos valores generales, disienten –a veces, acaloradamente– en cuestiones que, pese a tales diferencias, pertenecen a un cuerpo de doctrina común. Pretenden que la excelencia de las cualidades de sus propósitos y resultados cautive las predilecciones que, adheridas a la más sugestiva de esas fórmulas, les doten del poder consustancial a su audiencia, su implantación, su representatividad y su arraigo. Etiquetándose de *portadores de un ascendiente social de máximo calibre*, los sindicatos representativos acopian dosis crecientes de prestigio que superan a las de las organizaciones sindicales menos acreditadas y con las que no están dispuestos a compartir su ventajosa posición.

El sindicato es uno de los *grupos sociales* que, según el art. 20.3 CE, acceden significativamente a los medios públicos de comunicación social, donde *la libertad de expresión adereza la libertad sindical* y prevé la conformidad o el desacuerdo con otros criterios concurrentes. La cordura aconseja usar con prudencia de la facultad de disentir y evitar posiciones extremas que acaso la confundan con el *río revuelto* de los radicalismos estériles. La contribución sindical, preceptuada en el art. 7 CE, reconoce unos orígenes históricos que, ante las compulsiones de la lucha de clases, no prejuzgan la contrapartida de un sindicalismo rotundamente solidario. A partir de su entrada en escena, el sindicato se compromete a defender la excelencia de unas soluciones que considera salvíficas para el porvenir de la sociedad pluralista y de las comunidades componentes. Fuera de los sindicatos de máximo arraigo, no cabe aprovechar óptimamente los frutos de las victorias intersindicales libradas en pro de esta causa. La intervención sindical –impregnada de solidaridad en la negociación colectiva– demuestra el ímpetu de los sindicatos que esgrimen, frente a todos, los valores y el ímpetu de su autonomía soberana.

La ambientación históricopolítica del sindicato da cuenta y razón de sus *objetivos capitales*. Agota sus procesos de inserción en la sociedad pluralista que le dota de espacios habitables, supera las adversidades que le afligen, se empeña en mejorar su regular funcionamiento y, consciente de las demandas sociales verdaderas y no artificiosas, propone a sus destinatarios– que no

siempre coinciden con el círculo de los trabajadores dependientes o servidores públicos asimilados— los beneficios justos o el pago de las *deudas históricas* pendientes de satisfacer.

La espontaneidad del *sindicalismo asambleario* activó la experiencia de una negociación colectiva desvinculada o acrática, cuyos corpúsculos sindicales —más obedientes al impacto emocional que al raciocinio equilibrado— copiaron los modales de la esfera política. Introdujeron una autonomía colectiva que decía proteger intereses preseleccionados y expuestos, según sus valedores de ocasión, a graves peligros y/o agresiones. Algunos de ellos —fruto de una imaginación calenturienta— no vacilaban en sindicalizar cuanto se oteaba en el horizonte de su fiebre de selectividad. Tales descubrimientos no tenían una razón de subsistir distinta de la de sus pretensiones efímeras. Lejos de encarnar los aciertos de una autonomía emprendedora, surgían —como contrafigura del *ingenio creador y responsable*— al calor de un *pensamiento enfurecido y débil*. Sus testimonios —contraculturales y anecdóticos— poco han aportado al debate sobre los aspectos del esfuerzo de transformación que sus innovaciones invocaban.

La fenomenología sindical comprende la figura de las *uniones sin personalidad* que —aunque las razones de urgencia dificulten el tecnicismo de personificarlas— defienden intereses cuya naturaleza exige protegerlos con los instrumentos que intuitiva e instintivamente se adivinan. El crédito de estas operaciones —regidas por la honestidad y la clarividencia sindicales— depende de los resultados habidos en el breve curso de su ejecución, tras la cual se deshilvana el interés en juego. Su fundamento, lejos de ser insustancial o arbitrario, está en la propensión al *imperio de la justicia material* transmitida por el constituyente al sindicato responsable que hace gala de su fidelidad al llamamiento del art. 7 CE y a su privilegiada impostación en el TPCE.

El sindicato contribuye con los poderes públicos cuando su intervención condiciona la suerte de intereses que, como propios, resuelve tutelar según la máxima de que “*nada de lo que ocurre entre los hombres es ajeno a las voluntades defensivas del bien y la justicia*”. La Ciencia de la Legislación o Política Legislativa acierta destacando el relieve de ciertos intereses generales, seleccionando sus emplazamientos históricos y cancelando los entorpecimientos opuestos a su atribución y disfrute. El sindicato —propagador de inquietudes extendidas a los espacios sociales y políticos afectados por su poder de decisión— percibe, integra y conduce los afanes cuyo acceso a la vida general de relación se juzgaba excepcional o extemporáneo, aunque de presente haya resultado no serlo. La presión sindical puede alertar sobre los apremios de ordenación legislativa ignorados por los grupos sociales, cuando no testudamente silenciados o proscritos por el empecinamiento de las predilecciones políticas. El exhaustivo acopio de los datos que individualizan las dimensiones de cada problema y le adaptan al espíritu móvil del Derecho Social, compete a un sindicato enterado de su envergadura frente a la apatía con que se conducen otros actores de la vida pública.

También se habla de la *función colegislativa* de los sindicatos que extraparlamentariamente convienen con el Poder Legislativo soluciones que –sometidas a una elaboración complaciente y sin apenas generar debate– advienen al sector social del ordenamiento jurídico. Dichas intervenciones se difunden a cuantos temas de proyección social adopta el sindicato como intereses propios que agigantan los espacios de su autonomía. Olvidándose de la omnipotencia soberana del Poder Legislativo, la jerga sindical les da el nombre de *leyes pactadas*, porque la compulsión del sindicato doblega el hiaratismo de unos legisladores que –diciéndose técnicamente irreprochables– renuncian equitativamente (¿?) a serlo. Recuérdense los requisitos que –al quebrar el *principio de irregresividad de las adquisiciones sociales* y, con él, derribarse la consigna “*siempre más, nunca bastante*”– impuso el yusnaturalismo democrático para paliar los álgidos efectos de ese retroceso. Se precisó un acuerdo de los sindicatos con el poder del Estado que, encarnado en la soberanía parlamentaria, interpretó lúcidamente la trascendencia del cambio producido. Se estableció la obligación de indemnizar el daño causado por la privación de unos derechos sociales que –adquiridos colectivamente y pese a las apariencias de regularidad expropiatoria– sufrieron el calvario de la confiscación. Se señalaron plazos para dulcificar los sacrificios del tránsito a una *Política Social de la flexibilidad*, cuyos impunes extravíos se vislumbraban desde entonces.

Aunque los sindicatos no participen formalmente en el procedimiento de elaboración de las leyes, su parecer ha de tenerse en cuenta si, con ese motivo, surgen problemas que atañen a sus intereses propios y la ley –que debe regularlos– corre el riesgo de verse *tocada del ala* por las insuficiencias de justicia material que maltratan su finalidad y su espíritu. Las tensiones entre los criterios de un Parlamento partidario de regular la huelga y el dogma sindical de que *la mejor ley de huelga es la que no existe*, ejemplifican las opciones –ambas constitucionales– relativas a una toma de posición legislativa que se aplaude o se desautoriza. La contribución del sindicato equivale a una cooperación crítica cuando ilustra a la opinión pública sobre los designios –acreedores a la censura o el elogio– del legislador o, para presionarle desde el exterior, invita a ejercitar los derechos fundamentales de reunión y manifestación. El art. 21.1 CE los pone al servicio de la libertad sindical mediante las expresiones de la voluntad colectiva que robustecen su núcleo invulnerable.

Sería óptimo que el juego absolutamente limpio –difícil, ya que no imposible, de aplicar a la *racionalización moral de la vida política*– inspirase la contribución del sindicato a la legislación, sobre todo si las realidades sociales del tiempo y del lugar avalan su necesidad. Esta contribución brilla por su ausencia si –tras haber elogiado las instituciones competentes la participación sindical, a la vera de los poderes públicos, antes de debatirse, por citar un ejemplo, proyectos de ley relevantes para los intereses de los trabajadores– el sindicato confiesa, ¿con desidia intencional o apariencia de candidez indigerible?, que de tales extremos no está más informado que el resto de la ciuda-

danía. Como si poco o nada contasen los deberes sindicales de aplicarse a la hechura y control de los experimentos de esa traza.

La carga de la contribución sindical alcanza a las *competencias del Poder Ejecutivo* que, según el art. 97 CE, dirige la Política Social como parte de la Política Interior de relaciones con los sindicatos. Tienen éstos derecho a divulgar su parecer sobre cuantos supuestos, gestionados por aquel poder público, forman parte de los intereses generales que inmediatamente les conciernen. Intereses que, como reza el art. 103.1 CE, las Administraciones Públicas han de servir con una objetividad que, muchas veces, se soslaya o es difícil de poner en claro. La *contribución sindical de saneamiento* abarca la enumeración de las disidencias preventivas, la denuncia de las irregularidades que el Poder Ejecutivo puede cometer, las propuestas de remedios atinentes a las competencias gubernamentales y la lista de las anomalías transmitidas a la opinión pública para que reaccione ante la información veraz que se le suministra. La prerrogativa sindical de ingerirse en el círculo de esos intereses es ilimitada, pues, a la luz del art. 7 CE, su apertura irrestricta se debe a la *presunción de la clarividencia del diagnóstico* que a la sazón emite el sindicato.

Más delicado es el tema de la contribución sindical con el Poder Judicial que define el art. 117 I CE. ¿Se reputan *sindicalmente propios* ciertos intereses que el Poder Judicial –sometido exclusivamente al imperio de la ley– garantiza y que los sindicatos gestionan conforme al albedrío impredecible de sus libertades? Antes de renunciar a la revolución pensada para reducir a pavesas el Estado demoliberal, los sindicatos abrazaron, como un lema de sus ofertas culturales, la consigna de pulverizar las instituciones de un Poder Judicial incapaz de insertarse, a causa de su *cepa burguesa*, en las contradicciones de una sociedad aherrojada por la supuesta antisocialidad de su formación y sus pronunciamientos. Una judicatura que, al apostar por los derechos individuales de libertad y propiedad privada, malinterpretaría la emocionalidad colectiva de la lucha de clases que el Estado confundía con los fenómenos de alteración del orden público. Una judicatura que, como ya se ha recordado, se identificaría con el conglomerado de *enemigos de la clase trabajadora* a que pertenecían los eclesiásticos, los militares, la aristocracia y los banqueros.

Olvidada de estos reparos anacrónicos, la conciencia sindical ha entendido que su *contribución a la efectiva tutela judicial* de los intereses legítimos de los trabajadores es una más de las atenciones que el sindicato les adeuda. Se robustece así el ejercicio de las libertades sindicales a que alcanza dicha protección. El amplio espectro del art. 24.1 CE permite judicializar, gracias a la eficacia y justicia del orden natural de la equidad, la suerte de los intereses desnudos –carentes del empaque de los intereses vestidos accesibles a la jurisdicción– y desvirtuar las objeciones que minusvaloran una oportunidad de este calibre. Cuando la autonomía de la resistencia sindical no logra contener los abusos de los empleadores, el *proceso represivo de conductas antisindi-*

cales suple la frustración de las reacciones que el sindicato no completa con el éxito que merecían la sinceridad y rectitud de su intención.

Las rudimentarias estructuras de los *sindicatos de interés irrepitable y único* se benefician de la innovación del art. 24.2 CE e ingresan en el círculo tutelar de la jurisdicción, aunque no se hayan agotado las oportunidades que ofrece esta fórmula. La fuerza vinculante de la negociación colectiva, sancionada en el art. 37.1 CE, refleja la cooperación sindical al funcionamiento regular de uno de los poderes del Estado social y democrático de Derecho. Al aplicar e interpretar las normas de un *ordenamiento jurídico extraestatal*, la jurisdicción aclara las dificultades que, habidas en su seno, conviven con las que los modos extrajudiciales de composición de controversias ayudan a desvanecer. Modos que invaden velozmente los campos del Derecho objetivo en que la *judicialización de los conflictos* se resiente de sus incorregibles dilaciones y de los sacrificios económicos a que da lugar.

La naturaleza del conflicto industrial –embebido en la lucha de clases– y el signo revolucionario de sus primeros tiempos, oscurecen la concreción del momento histórico en que se intuye la necesidad de que los sindicatos cooperen a *tutelar los intereses compartidos* por ellos mismos y por los empresarios. El *dogma de irreversibilidad de las adquisiciones sociales* –anejas a una etapa emblemática de las relaciones de trabajo– compaginaba la distensión del conflicto industrial con el convencimiento de que, sin jactarse de la victoria final del sindicato, la negociación colectiva respaldaba los fueros de la justicia conmutativa contractual y amortiguaba las conmociones de la paz social. Cuando decae la tesis de los derechos adquiridos colectivamente –en el transcurso afortunado de las relaciones de trabajo– y la crisis se adueña de los ciclos productivos afectados por el desabastecimiento de las materias energéticas, la contribución sindical redundante en sacrificios y renunciaciones. A cambio de soportar la quiebra del principio de irregresividad, el sindicato ayuda a repartir equitativamente las ofertas de trabajo en el mercado de libre concurrencia y a mitigar la destrucción del *bien escaso* en que se ha convertido el empleo. El sindicato asiente a las *innovaciones tecnológicas*, que afianzan la continuidad productiva, y a las variantes de movilidad que ajustan las demandas de ocupación a las incidencias sobrevenidas de la oferta. Acepta que el *Derecho Social primitivo* –confiado en aprovechar indefinidamente las circunstancias de prosperidad que acompañaron al naciente Estado social y democrático de Derecho– dimita de su triunfalismo de origen y adquiera la fisonomía de un *Derecho Social redefinido en función del empleo*. El sindicato accede a reemplazar la *rigidez* de las relaciones de trabajo –vinculadas al ritmo de progreso que expresaba la máxima “*siempre más nunca bastante*” – por el *espíritu de flexibilidad* que, para compensar el perjuicio causado por la llamada *desmonetización* de la negociación colectiva, abre otros frentes a la Política Social y, por vez primera, impone a los trabajadores contraprestaciones especiales de productividad. Las organizaciones sindicales supervisan el ejercicio del derecho-función que, para impedir la desintegración del mundo in-

dustrial, conviene a una libertad de empresa renovadora y arriesgada. El aprovechamiento de las medidas oficiales de estímulo inversor aparea la carga empresarial de combatir la reducción del empleo y restaurar la parte de su oferta que se ha desmantelado.

Tal es el desplazamiento –muy notable– de los centros de gravedad que caracterizaba al sistema de las relaciones de trabajo.

5. Notabilidad de la doctrina favorable al *papel de suplencia* que puede desempeñar el sindicato en cuanto a la presencia social y el ejercicio de las funciones de los partidos políticos

El pluralismo político –emplazado por el art. 1.1 CE en la órbita de los valores superiores del ordenamiento jurídico– presupone que sus corrientes catalizadoras contienen ingredientes diferenciales y elementos comunes. Dependientes de sus respectivos cuerpos de doctrina y continuidad reflexiva, también son tributarias del espíritu de la legalidad fundamental –que les transmite su *voluntad omnicomprendensiva de servicio*– y de la elasticidad de sus principios y preceptos. Algunos de éstos permiten que los conceptos jurídicos indeterminados –yacentes en sus mandatos y prohibiciones– se incorporen a mensajes acordes con sendas formulaciones pluralistas. Las iniciativas sindicales suplen, si lo intentan oportunamente, la imposibilidad –ajena a los hábitos de los partidos políticos– de colmar el depósito de igualdad y libertad en el que el art. 1.1 CE invita a derramar los *recursos disponibles de la justicia material*.

La práctica política se atiene a un *canon de sustancial enemistad*, sin cuyo fiero entrenamiento los días de su supervivencia están contados. El adversario político que, abundando en ingenuas concesiones morales, deja de comportarse como un enemigo despiadado, lleva todas las de perder en el palenque de la confrontación. La realidad es así de desconsoladora y afrentosa. Esto empero, suele acudir a versiones menos agresivas que las que exhuman las verdaderas tensiones de un antagonismo irreductible. Pese a la reciprocidad de la animadversión que acrecienta, envenena y encoleriza sus contactos, ciertas posturas de los partidos políticos parecen moderar la crudeza de una enemiga irreconciliable con las flaquezas amistosas. Los ciudadanos de a pie descubren el engaño y no recatan la contrariedad que dicho hallazgo les produce. Cabe que, en el ejercicio del poder político o de la oposición que le controla, los partidos institucionales –cautivos del pavor que agarrota su sensibilidad moral– silencien o desfiguren circunstancias que, amén de su enjundia económica y política, condicionan –puestos a imaginar– los inminentes resultados de una contienda electoral. El abuso del pluralismo político y el desprecio de las expectativas de los electores, legitima a estos últimos para revocar la confianza que su ingenuidad depositó en unas *verdades ensombrecidas* por la irrefrenable enemistad de cuantos las deforman o sustituyen por peligrosas *verdades a medias*.

La ausencia de mandato imperativo y las comprobaciones históricas avallan esa desconfianza. La letra y el espíritu del art. 6 CE no deparan a los partidos políticos la oportunidad de reaccionar con la celeridad y lucidez obligadas en ciertas coyunturas. Abundan los encorsetamientos que fomentan esta rigidez y aumentan los recelos sobre su eficacia. Las formas de la democracia delegada no sirven siempre a la sustancia de la justicia material, porque la adulteran y rinden un flaco servicio a cuantos –estupefactos y maniatados a la vez– no dan crédito al relato de sus anomalías. Los orígenes de la *democracia totalitaria* anticipan la *crónica de un calvario anunciado* que refleja el tránsito de las formas ordenadas y rectas de gobierno a las inconfesables y corruptas. Súmanse a ello los pactos de silencio que sustraen los abusos al control de una Historia desprovista de datos para mantener un *cuero de información veraz* y puesto al día. Hace falta una resistencia sobrecogedora cuando, al pervertirse el funcionamiento de los sistemas democráticos y desatarse los horrores que causa su comprobación, la vida pública se encuentra inundada– como si la surcasen *embarcaciones de corto recorrido y gran frecuencia de circulación*– por la infinidad de mentiras a las que se reserva la etiqueta indulgente de *modestos pecados veniales*.

La naturaleza y la estructura sindicales inducen a enmendar estas situaciones. Otra cosa es que el sindicato resuelva utilizar cuantas opciones le depara el ordenamiento jurídico o muestre parco interés en recurrir a ellas. Sus oportunidades de reacción, la coordinación de sus elementos personales y reales, el deseo de acaparar la estima de las opiniones públicas, la convicción de no ejercer una *política de brazo encogido*, la inmediata atención de las peticiones de la ciudadanía y la consciencia de que procede unificar, si ello procede, los frentes de combate, facilitan la conversión del sindicato en un *agente distinguido del valor superior del pluralismo político*.

El art. 6 CE declara que este pluralismo se expresa mediante la *acción de los partidos*, pero *diste de prejuzgar que sean ellos sus exclusivos portadores o que monopolicen las actitudes de respeto que encarece el art. 1.1 CE*. El sindicato deviene sujeto activo de un pluralismo político que opera cuantas veces contempla las vicisitudes de un interés determinado y –estimándole digno de sus oficios protectores– le otorga la asistencia de su fuerza social. Ello le habilita para entregarse a las *tareas de promoción y defensa* que el art. 7 CE tiene a bien asignarle. Como la contribución no es cooperación cuantificada y sí un conjunto de *deberes de atención y cuidado*, los sindicatos pueden entregarse, sin reticencias ni reservas, a salvar las tibiezas y omisiones de los partidos políticos. Su mediación –integrada por actuaciones espontáneas, acordes con la naturaleza de las cosas y arregladas al ritmo que les cumple-- presupone la eficacia, no el testimonio escueto, de sus medios, y la proscripción de cuanto suene a improvisación o veleidad. La deuda de un *sindicalismo ilustrado* –fiel a las exigencias de su puesta al servicio de la sociedad– reposa en estas consideraciones.

Arrostrando las incomodidades del amor a la verdad, los mensajes de los sindicatos denuncian las disfunciones históricosociales y proponen las soluciones aptas, a su juicio, para enderezarlas. Cursan sus llamamientos a una opinión pública dispuesta a secundar los ecos de la conciencia colectiva y a la que otros portadores del valor superior del pluralismo político pueden dejar de informar con la exactitud esperada de su cooperación. El art. 6 CE declara que los partidos políticos concurren a la *formación y manifestación de la voluntad popular*, pero, si desatienden estas obligaciones naturales, el clamor de la cláusula transformadora y social del art. 9.2 CE convoca al sindicato –erigido en *poder cuasipúblico*– a la tarea de salvar las omisiones advertidas.

Estas y otras reflexiones, compartidas por la Politología, avalan la propuesta de que –siempre a la luz del art. 7 CE– las organizaciones sindicales suplan todas o algunas de las intervenciones que, siendo de su incumbencia y pudiendo intentarlas, los partidos políticos se abstienen de emprender y proseguir para realizar sus finalidades específicas. Caducan, según ello, la dependencia y el buen obedecer que la *teoría de la correa de transmisión* puso en boga. Los partidos políticos soportan servidumbres que, como la mención recurrente del *consenso* y el *diálogo*, conviven con el virus antisocial de su *enemistad incombustible*. Las injerencias –tempestivas y honestas– de la autonomía sindical pueden y deben cooperar a restaurar no pocos estados de cosas que se han tornado infecundos e ingratos. Distinto es que, abrumado por un entorno panorámico de luces y sombras, el sindicato no se atreva a aceptar el desafío y asumir los *compromisos de sustitución y/o de suplencia* que el reparto constitucional de la justicia material pone a su cargo.

6. Hostilidad que el fenómeno mundializador desencadena frente al afán de recobrar la autenticidad e integridad de las libertades sindicales

La *mundialización* ha dedicado parte de su esfuerzo a desacreditar las virtudes civiles de la Política Social y devaluar las adquisiciones del Derecho fundado en los principios informadores de la misma. Actitud explicable cuando aun se esperaba de los sindicatos una ofensiva de retorno al *paraíso perdido* de la prosperidad productiva y la plena ocupación. La *mundialización* de la Política Social –avivada por las prácticas abusivas de la flexibilidad, destructoras de su morigerado ejercicio, y por la terquedad desreguladora del *neoliberalismo salvaje*– dio lugar a que los portadores de los intereses económicos, alejados geográficamente de los sindicatos, volaran los puentes de comunicación con sus naturales interlocutores. Neutralizaron el mordiente del conflicto industrial y dejaron herido de muerte el núcleo invulnerable de la autonomía colectiva de dichas organizaciones. Las despojaron del apoyo preciso para aplicar las normas de su ordenamiento jurídico –concurrente con el Derecho del Estado– y asegurar un mínimo intangible de popularidad y prestigio.

Las libertades de establecimiento y circulación de capitales se suman a estos impedimentos. Si la mundialización tiende a depredar el contenido esencial de las libertades sindicales, el sindicato sólo cuenta con los intentos, escasamente venturosos, de paliar algunas de las afrentas dirigidas a apurar el proceso de su marginación. La magnitud y frecuencia de las libertades –que el capital ejerce sin sentido de su autolimitación– chocan con las dificultades de movilización de los agentes sindicales y coartan el despliegue de sus actividades fuera de las fronteras de los Estados soberanos de origen. Los sindicatos asumen funciones modestas que achican o excluyen su papel dominante –de antiguo indiscutido– para formular las *cláusulas colectivas de grueso cable libre*. Poco o nada tienen que hacer en los ámbitos que, arrebatados a la negociación colectiva por el poder capitalista de organización y dirección, anulan la ilusión de recobrar la irreversibilidad de las conquistas sociales. A semejanza del sigilo agresivo sobre el impacto de las *técnicas racionalizadas* en los procesos productivos de antaño, la mundialización de hoy día castiga al sindicato con una *plaga de calamidades globales*. De ellas forman parte la opacidad de los hechos macroeconómicos, de sus previsiones cognoscibles y de las innovaciones tecnológicas que se suceden con celeridad espasmódica. Su secretismo –que deja indefenso al sindicato– disipa la esperanza de volver a ocupar los que fueron *paraísos heroicamente conquistados* y lucen hoy la desoladora etiqueta de *paraísos perdidos*.

Los enclaves geográficos de los ciclos productivos se trasladan a zonas donde –sin precedentes sindicales de espíritu crítico– subsiste una *tradicón cultural de atonía* para censurar las demasías del poder de cualquier índole y resistir frente a sus demasías. Marginada la acción sindical, los poderes económicos deciden degradar, sin un ápice de mala conciencia, los niveles de tutela social que los ordenamientos jurídicos de los países descolonizados iban perfeccionando paso a paso. Algunas instancias políticas han elogiado la *voladura controlada* de los avances de la Política Social y la disgregación del Derecho Social que, tras configurar el alma y el cuerpo de las libertades sindicales, alimentaba la confianza puesta en la bondad y el éxito de su contribución.

Desvahidas las perspectivas optimistas de las acciones sindicales, se dividen las opiniones sobre el futuro de la *contribución transformadora* que diseñan los arts. 7 y 9.2 CE. El papel del sindicato desmerece en los planos individual y colectivo, pues –al dictar los empresarios unas condiciones de empleo en que la voz sindical ya no pronuncia la última palabra– los trabajadores se resignan al experimento de escalofrantes discriminaciones que recuerdan ocurrencias de la época de la colonia. Protagonizan las situaciones de *conflicto impropio* que rompen las amarras de la solidaridad horizontal y les entregan a la inclemencia de una navegación desorientada y cautiva. Los eufemismos del cansino *concepto de diálogo social* demuestran que –sin conciencia de entendimiento y de progreso– las *relaciones Estado-empresariado-sindicatos* pueden compartir, a lo sumo, los hábitos visibles de

comedimiento y cortesía, pero ni de lejos acreditan la unanimidad reveladora de un sincero propósito de cambio. Poco o nada importa que el sindicato siga sirviendo a los fines sociales de que, en su tiempo, fue un positivo valedor, ni que garantice los contactos en que el efecto del concurso de fuerzas –aprisionado por las servidumbres económicas– sólo anticipa la certeza de conseguir bastante menos de lo que se ha llegado a prometer.

7. Diseño constitucional de los modos con que la *contribución del sindicato* provee a la suerte de los intereses legítimos que, como propios, viene obligado a promover y defender

El uso que de los términos *promoción* y *defensa* hace el art. 7 CE, revela la maleabilidad semántica con que el constituyente enfoca la fenomenología de los acontecimientos sindicales. *Promover* es, en una de sus acepciones plausibles, traer a capítulo –para dejar constancia fidedigna de ello– una situación conocida que, pese a lo valioso de su supervivencia, decae aparatosamente o deja de atraer el interés de los obligados a tenerla presente. La debilidad de las capacidades de acción y de reacción sindicales disminuye el peso específico de sus organizaciones. Nada más parecido a la suerte de unos *muertos vivientes* que, a duras penas, conservan la esperanza de la resurrección. Los sindicatos saben de la entidad del mal que les aqueja y les remuerde la evidencia de que, estando ahí, no han acertado a preservar la imagen –aseada y duradera– que les correspondía promover. La *promoción* recuerda que ha fallado algo imprescindible para el éxito de las aventuras sindicales, porque se ha errado al repartir los papeles que ha de representar un sindicato acuciado por las premoniciones de una inclemente toma de conciencia. La promoción constituye un mecanismo de rescate pensado para restituir al universo sindical los bienes o valores que, perteneciéndole de antiguo, se han evadido de sus reductos de tutela y, al rebajar su integridad, se echan en falta. Restaura la identidad de los intereses degradados o que están a punto de correr la más indeseable y desventurada de las suertes. La promoción consiste en actos de conservación que, como las categorías afines del Derecho Privado, no combaten las agresiones de rostro visible, pero se empeñan en *luchar contra el olvido* que –de puntillas e inexorablemente– traiciona su memoria.

Otro sentido de la *promoción* llega más lejos del examen de la naturaleza de las cosas que apunta la acepción indicada. Los elementos contextual y sistemático de interpretación –que alberga el art. 9.2 CE– revelan la importancia de considerar los intereses propios del sindicato como objetivos óptimos del esfuerzo de transformación. Promover es *mejorar la cantidad y calidad del apetito* que –en cuanto inseparable de la condición humana– va en pos de los bienes sensibles de la vida. Es ensanchar la zona de mejora de los intereses y excitar la intensidad con que la opinión pública debe entregarse a cultivarlos. Así se adjudican los *intereses desnudos* –propugnados por los sindicatos portadores– o los *intereses vestidos* por las normas jurídicas del Derecho Positivo

que incluyen los derechos procesales de acción y de excepción. No se reacciona aquí contra el olvido, sino contra el error de dar por satisfecho un interés que, hurtándose a la tentación transformadora, pierde una de las oportunidades generosas que, para *hacer Historia de la buena*, ofrece al sindicato el legislador constituyente.

Sutilmente distinta es la *defensa* del interés encomendado a la solicitud del sindicato. El interés acompaña a las actividades sindicales y se alimenta de los incentivos que aportan las variantes de su promoción. Ni la pasividad de sus portadores pone en peligro su existencia, ni el olvido es la causa de los riesgos a que se encuentra expuesto. Las actividades sindicales admiten formas admirables de cooperación y soportan las embestidas tendentes a demolerlas y/o restarles el prestigio costosamente conseguido. La defensa de los *intereses propios* –necesitada, como enseña el art. 7 CE, de otros contingentes de refuerzo– suscita animadversiones que agrietan, desde el exterior, la entereza del universo sindical. Las agresiones directas o indirectas pueden atentar contra los *intereses arraigados* de antiguo, contra los *tempestivamente recobrados* –si estuvieron a punto de desaparecer y/o evaporarse– y contra los *remozados* por los aditamentos que introduce el sindicato innovador.

El interés consiste en el *vehemente afán de conseguir la utilidad de bienes y/o valores* aprehensibles con los medios que el Derecho objetivo dispensa a cuantos exteriorizan la voluntad de hacerlos suyos. La noción de *intereses generales*, referida en el art. 103.1 CE, conviene a todos los grupos componentes de la sociedad pluralista, si su magnitud así lo da a entender, o a las comunidades individualizadas por sus respectivos rasgos diferenciadores. Los intereses generales y los particulares se protegen extrajudicialmente –con los medios que sus portadores seleccionan y emplean– o a través del moderno derecho fundamental que el art. 24.1 CE ha introducido bajo el nombre de *tutela judicial efectiva*. Tutela que, según la modestia de su definición en boga, no alcanza los niveles de un esfuerzo de transformación que, para afianzar la supremacía indiscutible de la justicia material, exige valiosos complementos de especificación y garantía.

Los intereses confiados a la promoción y defensa de los sindicatos se consideran *propios* cuando ya figuran en el marco de sus objetivos notorios o –emergiendo en el horizonte histórico de la razón práctica– se suman al cúmulo de sus actividades. La libertad sindical ha de fijar, sin irrazonables restricciones, los términos de la ampliación de esas acciones. No tienen por qué sorprender las decisiones sindicales que, ante el olvido, la desatención o el empobrecimiento de ciertos intereses, se inquietan por su fragilidad y los atraen a la esfera de su protección. Adoptan decisiones cuya dosis de aspiración transformadora obliga a presumir la legitimidad de tal iniciativa. Lo *proprio* designa todo lo contrario de una cortapisa de la actividad del sindicato y abarca, como concepto jurídico indeterminado, el *máximo de posibilidades expansivas que apuntan la equidad y la recta sazón*, sin sujetarse a un repertorio de competencias sindicales tasadas por quién sabe qué intérpretes de la

voluntad social. De ahí, la discrecionalidad con que, gracias a sus prerrogativas de privilegio, las vanguardias sindicales invaden las parcelas que delimitan los imperativos –morales y sociales– del momento y de las que les apremian a entrar en posesión. Intentan mejorar la suerte colectiva o colmar los afanes de quienes, sin haber dejado atrás toda esperanza, siguen creyendo en los empeños morales de renovación y en las capacidades técnicas precisas para gratificar los entusiasmos del espíritu de cambio.

El sindicato promueve y defiende los intereses propios mediante la *co-participación*, una parcela del interés general que las comunidades seculares equiparan a la noción de *bien común* heredada de la tradición aristotélicotomista. Sus propuestas obedecen a una sana razonabilidad –destello de las demandas sociales genuinas y no deformadas– y a una detenida comunión con el aprendizaje de la naturaleza de las cosas.

El sindicato se apropia de *intereses económicos y sociales*. Lo económico atañe a la condición profesional –dominada por el factor-capital en la organización de las relaciones de trabajo– y designa la capacidad del sindicato para que, sin alienarse en *diálogos de sordos* o estériles *monólogos unilaterales*, entre en contacto con los centros de decisión oficial en materia de Política Económica. Lastimosamente, se tarda demasiado en sopesar ciertas razones que se conocen y valoran cuando han quedado atrás las circunstancias propias del tiempo y del lugar en que estaban llamadas a surtir efecto. La opinión pública no ve con buenos ojos que la censura sindical critique las conductas de los empresarios con acritud mayor que la empleada al reprobar ciertas acciones de las instancias oficiales que –salvo en las *escenas amañadas* de severidad o desacuerdo– gozan de una indulgencia inmerecida. Este temor reverencial no se condice con la rabiosa independencia que, en pro de su credibilidad, debe acreditar un sindicato deseoso de contribuir, sin dilaciones ni falacias, a la producción de los cambios sociales.

Se estiman *intereses sociales* –acreedores a la promoción y defensa con que se les distingue– los asumidos por los grupos que, según el art. 9.2 CE, congregan a las personas físicas y a los restantes pobladores de la sociedad pluralista. El sindicato ha de velar por sus necesidades, pues, como *poder cuasipúblico* que viene a ser, le incumbe fomentar los valores superiores de la igualdad y la libertad efectivas. Su selección depende de la autonomía sindical que, una vez encontrados, ha de elegir el mejor modo de satisfacerlos, sin confundir la libertad con los espacios residuales que deja tras de sí la incompetencia de los poderes públicos. Se trata de *intereses notorios* –que, por primera vez, aguardan la protección que no tenían– o de *intereses emergentes*, cuyo reclamo excita la curiosidad del sindicato y, a la luz del derecho-función extraído del art. 7 CE, engrosa el catálogo de sus obligaciones naturales.

Bajo la rúbrica *De los principios rectores de la Política Social y Económica*, objeto del desarrollo legislativo ordinario que anuncia el art. 53.3 CE, el cap. 3^o, tít. I CE formula una lista provocadora y abierta de grupos sociales significativos. Su enunciado recuerda al sindicato –preparado para los

lances de su promoción y defensa— la *eminencia del esfuerzo de transformación* y la prioridad de los compromisos anejos a sus ambiciones. Una comunidad —presente o futura— puede sentir estas necesidades desde que acaece su entrada en escena o en cualquiera de las ulteriores peripecias que, delicadamente analizada, le obligue a tomar partido y definirse en consecuencia.

El encabezamiento del pasaje cuida de citar la *Política Social y Económica*, que es una *Política bicípite*, y no *sendas Políticas, Social, la una, y Económica, la otra*. Al sustantivo *Política* —estampado en número singular— le siguen los dos adjetivos que, enlazados por una conjunción copulativa, generan el concepto subyacente al rótulo que le localiza. La Política Social y la Política Económica no se escinden ni erigen en materias respectivamente gobernadas por los principios rectores cuyas funciones enumera el art. 53.3 CE. El texto en cuestión no reza *De los principios rectores de la Política Social y de la Política Económica*. Los principios propuestos y sus desarrollos legislativos no se satisfacen con sólo la actuación de las facultades de sus beneficiarios, pues requieren *acciones complementarias exteriores* que, al robustecerlos, les confieren efectividad. Ello ha de ser obra de la diligencia con que otros promotores del bienestar social, singularmente los poderes públicos, gestionan los gravámenes de la transformación y manejan los recursos —personales y reales— sin cuya aplicación fracasa la confianza puesta en los anuncios del espíritu de cambio.

La defensa de la propiedad —protectora de las apariencias del hecho posesorio— descansaba en la presunción de que casi todos los poseedores eran propietarios, aunque se beneficiase a unos cuantos — los menos— que carecían de derecho de dominio sobre los bienes poseídos. La extensión de la cobertura sindical a los intereses de las comunidades que no gozaban de ella, obedece a la presunción de que mayoritariamente están pobladas por trabajadores dependientes de los sectores público y privado. Además de promover y defender los intereses de estos últimos, la presunción cobija el interés colectivo de los componentes minoritarios del grupo que, sin ser trabajadores, participan de las expectativas generadas por la difusión del ofrecimiento sindical.

8. Envergadura, proyección y difusión de las actividades de contribución sindical

La libertad sindical —plasmada en la ampliación de sus progresivas funciones históricas y en las conductas de sus titulares— es la *protagonista eminente de las relaciones colectivas de trabajo* y el emblema de la autonomía colectiva que descansa en la cláusula dúctil del art. 7 CE. Al concebirse toscamente el carácter de las reivindicaciones sindicales como episodios de alteración del orden público, la voluntad de sobreproteger el derecho pleno de propiedad privada y los derechos reales restringidos de goce y garantía, llevó a la incriminación —desproporcionada y efímera— de aquellos movimientos, sucedida luego por la represión contractual de los intereses sociales que en-

carnaban. El problema se trasladó al campo de las *relaciones individuales de trabajo*, sancionándose con el despido el incumplimiento imputado a las nacientes acciones del sindicalismo. Los interregnos de los regímenes autoritarios aderezaron la teoría de las *comunidades nacionales de capital y trabajo*, proclamando, contra el demoliberalismo decadente, su encarnizada determinación de liquidar la lucha de clases y reemplazarla por los elementos patrióticos de colaboración. Proscribieron la figura del sindicato que internacionalizaba los problemas compartidos por las clases sociales cuyos intereses amparaba. Erigida la figura del *Estado social y democrático de Derecho* y constando el mérito de sus innovaciones, penetró el espíritu de modernidad que animaba una voluntad de perpetuación y crecimiento. El Estado favorecía la instalación del sindicato –unión personal carente de sustento físico– en el espacio territorial de su soberanía política. Le obligaba un principio general del Derecho de Gentes que, asumido por los países industrializados con economía de mercado, requería cumplir, sin fisuras, los compromisos contraídos con las causas cuyo apoyo y control le competían desde entonces.

No habría estado de más que, en vez de aludir genéricamente al ejercicio de sus actividades y mejorando la incompleta dicción del art. 28.1 CE, el art. 7 CE se hubiese referido a las *libertades sindicales individuales y colectivas*.

La *libertad sindical individual* habilita a la persona física del trabajador para integrarse voluntariamente en las organizaciones protectoras de su relación contractual y de cuantos intereses merezcan, en opinión del sindicato, sacrificios equitativamente compensados. De su contenido esencial –revitalizado por el cumplimiento de los deberes de contribución– forman parte los derechos a pactar las condiciones de empleo, extinguir voluntariamente el contrato de trabajo y compeler, si es del caso, el decisionismo empresarial. Derechos que se identifican como iguales a sí mismos y se reconocen conforme a la naturaleza de las cosas. Vistos los arts. 22.1, 36, 52, 127.1 y 131.2 CE, se asemejan a la libertad sindical los derechos de asociarse, adscribirse a organizaciones profesionales, pertenecer a corporaciones, vincularse a las nuevas formas de sindicalismo e insertarse en organizaciones económicas.

La *libertad sindical colectiva* actúa unos derechos históricamente acreditados y ampara cuantas situaciones –preexistentes o surgidas de súbito en la vida social de relación– el sindicato decide proteger. La *libertad sindical negativa* no acelera el ritmo de los fenómenos del cambio ni aproxima a las metas del esfuerzo de transformación igualitaria, colocándose al margen de los comportamientos solidarios en que su omnipresencia debe vigilar las promesas combativas de liberación.

La devaluación de las libertades sindicales individuales y colectivas ha registrado una trayectoria desalentadora y a la que el sindicato no se ha opuesto con la energía esperada de sus capacidades de respuesta. So pretexto de situaciones críticas deficientemente gestionadas, se ha esfumado el *principio de irrevocabilidad de las adquisiciones sindicales*. Se ha abusado del *dogma de la*

flexibilidad que, para espolpear las funciones sociales del capital y no para privilegiarle, se añadió al contenido esencial de la libertad de empresa. Las apariencias de flexibilidad refrendaron excesos tecnológicos que, más allá de sus objetivos plausibles, minaron los derechos centrales de los trabajadores. Las *reconversiones industriales salvajes* suplantaron las fórmulas equitativas de rehabilitación productiva y readaptación profesional. Despreciando la fortaleza de los sindicatos, se les ha obligado a dar por buenos los *paliativos de las crisis* cuya existencia y magnitud se han ocultado, mintiendo escandalosamente, por motivos políticos, y engañando a la sociedad que se ha enterado tardíamente de la enorme recesión económica que arruinaba su estabilidad y su futuro.

El sindicato sufre los *daños de la globalización* que, al dispersar territorialmente los factores productivos, desploma las bases de la distensión del conflicto industrial. Pierde las batallas libradas contra los deterioros que esa disociación ingiere en el presente y el futuro del mundo del trabajo. Encaja las agresiones que relegan parte de las actividades sindicales a oficios secundarios o de mera gestión. Se encuentra inerme para evitar los conflictos horizontales que generan, entre trabajadores, el control empresarial de las condiciones de trabajo y las discriminaciones divisorias en que se materializan sus abusos. Presencia cómo estas escisiones evaporan la *conciencia de clase* que cede su lugar a sucedáneos irreconocibles. Repara en la avidez con que las *jugadas maestras neoliberales* no ven llegado el momento de reprivatizar el Derecho Social y demoler el edificio alzado por la sensibilidad y el talento de sus descubridores.

Este desvanecimiento gradual –al que la *tecnología demoníaca* suma elementos que ensombrecen aun más su panorama– era el reverso del criterio que, antes de estrenarse la fórmula binómica de *control-apoyo*, rehusaba al sindicato el carácter de centro de imputación o persona jurídica responsable de sus comportamientos. La doctrina de la *inmunidad del sindicalismo radical* sostuvo que, en virtud de su propensión expansiva, las peripecias y los comportamientos de las organizaciones sindicales escapaban al control de los poderes públicos. Los arts. 1.1, 7, 9.2, 10.1 y 103.1 CE mudan esta caústica proposición, evidenciando que las opciones de progreso –que los sindicatos hagan suyas– se sujetan a las limitaciones impuestas por el concurso de los intereses generales.

Junto a sus ingredientes fiscalizadores, el contenido esencial o núcleo invulnerable de la libertad sindical colectiva incluye una *autonomía general* subdividida en iniciativas naturales. A saber, el ejercicio de las potestades normativas interiores del sindicato, las actuaciones determinantes y definidoras de su arraigo o asociadas a las especies representativas, la defensa de su gestión frente a las perturbaciones externas de hecho o de Derecho, la negociación colectiva generatriz del ordenamiento jurídico extraestatal, el alcance de las medidas autotutelares que cabe adoptar, la facultad de disolverse voluntariamente y la oportunidad de integrarse en federaciones o confederaciones

sindicales. Subsumibles, todas ellas, en el concepto jurídico indeterminado de *objetivos propios* que presenta el art. 7 CE.

La autonomía sindical es más enérgica que el *diálogo social* expuesto al voluntarismo veleidoso o a la velocidad de crucero de sus protagonistas. Aloja un ejemplo –falsificado cuando se interrumpe– de flujo social, en que la movilidad, incluso imperceptible o apagada, de los sindicatos produce acciones o reacciones a cuyas consecuencias no escapan los otros agentes de aquel diálogo, aunque la interlocución se adormezca o esté paralizada. El universo de estas relaciones evoluciona espectacularmente y de continuo.

Para tomar razón del cambio, hacen falta unas dotes de perspicacia con las que no siempre se cuenta y un conjunto de datos de escabrosa verificación. La historia de la libertad sindical no puede descansar en una información superficial sobre actitudes públicas que, pese a su notoriedad, no erosionan la superficie de las cosas ni ayudan a su cabal conocimiento. Los cuadros generales de demostración del Derecho Público y el Derecho Privado desesperan de sacar a flote lo que, trascendiendo a la creación y aplicación del Derecho Social, proviene de esas interioridades. La Politología ha descubierto que la aparente solidaridad de las intenciones públicas, en tema de Política Social, esconde temibles *zonas de doblez* –plagadas de malas intenciones– respecto al presente y el futuro del mundo del trabajo. Al nominalismo del diálogo social subyacen disidencias hondas –que antaño ya hubiesen movido a la revolución– sobre problemas que se han petrificado, porque ha pasado el tiempo de plantearlos o a los que, para aplazar indefinidamente su resolución, se destituye de su natural importancia. Se confirma el temor de que, a la larga, los *compromisos cualitativos* de los sindicatos resultan vencidos por el entusiasmo consumista de las que fueron sus amistades peligrosas.

La Sociología está dispuesta –en pie de guerra– a inventariar y dar noticia de los hechos sociales significativos que encajan en tan convulso panorama. Bajo la vestidura de anuncios blandos y apacibles, las voces de la Economía difunden consignas de inmisericorde dureza. Las innovaciones tecnológicas sirven más tenazmente a los fueros del economicismo, que a la preocupación antropocéntrica de las libertades sindicales. Ciertas corrientes en boga de la moralidad secular y algunos particularismos religiosos de hoy día oscurecen –como en la más tenebrosa de las noches– la claridad de las visiones que auguraban el venturoso porvenir de los avances sindicales. Aunque luchan contra viento y marea, estas actividades dependen de una fenomenología –fruto de la heterogeneidad de sus variables– que poco o nada les ayuda en el curso de sus desencuentros.

La crónica de la evolución del Derecho Social y de las Políticas Sociales que han inspirado su progreso, se escribe con los *renglones torcidos* de versiones melladas e incompletas. Haría falta un súbito milagro para recuperar la integridad y transparencia de esos episodios, retransmitiéndolas a cuantos mantienen la voluntad de conocerlas y acceder a las filas de los ejércitos anónimos que arriesgan su suerte frente a unos males e injusticias que amenazan

con no acabarse nunca. Sigue, en definitiva, siendo *misión imposible* la tarea de denunciar tanta mentira como la que, escamoteando la verdad de semejantes realidades y echando agua en el mar, enardece por doquier la *ira de los justos*.

9. ¿Se aprecia algún reciente testimonio de la *voluntad transformadora del sindicato democrático*?

Una experiencia sociopolítica reciente invita a pronunciarse sobre la medida en que el modelo de sindicato del Estado social y democrático de Derecho –patente en el art. 1.1 CE– ha acomodado su conducta al espíritu de cambio y conseguido efectos consecuentes con esa aspiración. ¿Hasta dónde ha podido o querido llegar su idoneidad transformadora en las peripecias que seguidamente se mencionan?

La *huelga general* se significa por el dato de que –suspendidas, a causa de su impacto, las relaciones de apoyo y control que vinculan al Estado con los sindicatos democráticos instalados en la esfera geográfica de su soberanía– la acción excepcional de los segundos disuelve, mientras perdura el estado de huelga, la compacidad de las comunidades que forman la sociedad pluralista. La imposición da lugar –en fe de la efectividad de un poder superior al de las instituciones oficiales que sufren su agresión– a la cesación o reducción lesiva de los *servicios esenciales de la comunidad* que refieren los arts. 28.2 y 32 CE. Servicios que –emanados de los poderes públicos o de los titulares del derecho a la libertad de empresa en una economía de mercado– subvierten a las necesidades cuya desatención disloca la sociedad y la convierte en una colectividad deslavazada e inorgánica.

Cuando la huelga general combate algunas actitudes del poder político, tiende a reemplazar ciertos efectos de su decisionismo –supuestamente dañinos para los intereses generales de los trabajadores– por una reflexión sobre la enjundia del problema y las soluciones que, en vista de un nuevo panorama, exhuma el planteamiento sindical. Se patentiza la temibilidad de un poder, irreductible en sus posturas de coerción, y se alecciona a la ciudadanía –más o menos interesada en el problema– sobre la relevancia de las finalidades defendidas. Hay una suerte de premonición que –usando de una simulación pedagógica provisional– insinúa la pertinencia de un cambio en que la acción de los partidos ceda su lugar al acaparamiento sindical de las iniciativas políticas y de las manifestaciones de la voluntad popular.

La huelga general, como medio proteico de autotutela sindical, implica que la sociedad pluralista –formada por grupos que acopian una dosis de organización y de poder mercedoras de tenerse en cuenta– sufre la *novación revolucionaria* del regular funcionamiento de las instituciones paralizadas por la obstrucción de los huelguistas. Estos operan con la finalidad didáctica de difundir que, agotadas las armas de la reflexión cauta y el convencimiento razonable, su voluntad de coerción inmediata puede más que los elementos co-

ercitivos con que el Estado democrático garantiza su permanencia y unidad. Se introduce un *estado de no exigibilidad de otra conducta* –por el que decae temporalmente la consigna central del Estado de Derecho que formula el art. 9.1 CE– para demostrar que el TPCE concilia los presupuestos clásicos de aquél con las influencias de la *moralidad legalizada*. La sociedad organizada en el Estado retrocede y su condición de comunidad racionalizada se encuentra herida de un *mal de dispersión*. El poder político –arrinconado por las demostraciones de fuerza del poder sindical– carece de recursos para restaurar los aspectos de la vida social que la cesación concertada del trabajo –en que la huelga general consiste– sustrae a sus regulaciones. El sindicato intenta convencer de que, si sus pretensiones no prosperan y hay que aumentar la dosis de presión empleada para aderezarlas, puede congelar los servicios esenciales de la comunidad y ocasionar graves desperfectos sociales.

La huelga general aludida guardaba semejanza con las que los sindicatos de algunos países europeos habían preparado, tiempo atrás, contra los dictados de la UE que –como parte del orden público o Derecho necesario de las comunidades– intimaban a observar los requisitos de *reducción del déficit y de la deuda pública*. La huelga pretendía obtener la misma eficacia con que otras acciones interiores de autotutela sindical habían obligado a los poderes públicos a desistir de sus proyectos neoliberales de reforma. El poder sindical movilizó todos sus recursos y prejuizó -- con error calculado o escasez de visión– que el prestigio de los sindicatos se robustecía si se daban efectos similares a los de aquellos precedentes. No contaba con otras variables que complicaban su consideración analítica.

Mediaba un defecto de asistencia, porque, pese a la espectacularidad de la convocatoria, ésta sólo se secundó por menos de una tercera parte de los llamados a participar en la huelga general. Si la voluntad sindical había forzado, en ocasiones anteriores, la renuncia de una voluntad oficial que era libre de hacer o no hacer, la huelga general se promovía contra unas normas de Derecho Positivo inmunes a las propuestas sindicales. Se pretendía soslayar el imperio de un *Derecho de Gentes* –repentino, confuso, difuso y proveniente, a oleadas, de la UE– que, como parte del ordenamiento jurídico comunitario, avalaba la *indisponibilidad del orden público virtual* del espacio social europeo.

A las desacertadas previsiones sobre la contundencia del poder sindical y el buen fin de la convocatoria, se sumaban motivos bastantes para empañar la perspectiva de una huelga general cuyos promotores erraban al calificarla, a los cuatro vientos y sin dignarse hacer memoria del pasado, como la *más justificada desde el comienzo de la transición democrática*.

Al definirse de este modo y volver contra los propios actos, los sindicatos olvidaban –de la noche a la mañana– que habían sido parte de la maquinaria política contra la que se alzaban estrepitosamente. Algunos de los foros abiertos al análisis de la situación causaban la impresión surrealista de que la huelga no se promovía contra el poder constituido y sí contra conductas im-

putables a la oposición. La reacción se explica recordando que, con olvido de sus deberes críticos, los sindicatos habían asentido complacientemente a una Política Económica que había originado *cifras de paro estremeedoras* y bastantes para degradar el crédito de sus reivindicaciones tardías.

Pesaba el lastre de la *mala conciencia* que se acusaba a la sazón, pues el desencadenamiento de una huelga general –distinguida por lo espectacular de su despliegue y el descrédito que su frustración acarrea– sólo es aconsejable si existe una situación de prosperidad económica que permite augurar el éxito de sus objetivos. Sus probabilidades de triunfar son escasas, por no decir que nulas, si coincide con una estadística de desempleo que, contra lo teatral e inútil de la iniciativa, demuestra la contribución omisiva de los sindicatos a tan desafortunada evidencia.

La escasez de la participación activa en la huelga y su fracaso revelaron –además del *castigo moral* evocador de esas flaquezas– la desconfianza y el hartazgo de muchos grupos de trabajadores cuyas relaciones contractuales registraban de antiguo la desprotección y/o debilidad más dolorosas.

Pocos preconizaban el éxito de la operación de autotutela emprendida por unos sindicatos que –expertos en fomentar la adjudicación de privilegios y la constitución de castas– se habían abstenido, deliberadamente y sin pensarlo dos veces, de intervenir en debates que abordaban la suerte de los más acuciantes problemas de los trabajadores.

El discurso inspirador de las iniciativas sindicales que incitaron a la huelga general, se correspondía con el pensamiento –pendiente de ponerse al día– de la parte de la representación parlamentaria que profesaba el mismo credo. Se echaba de menos el esfuerzo en modernizar el cuerpo de doctrina preciso para pronunciarse, con suficiente autoridad, sobre las situaciones globales que inducían a esa decisión, señalando las movilizaciones requeridas y previendo, sin imprudentes predicciones, los efectos de la decisión adoptada.

En semejante coyuntura, el poder sindical quiso administrar –con demagogia irrestricta– un estado de cosas que no se condecía con la escenificación convincente de la *voluntad transformadora del sindicato democrático*. Una voluntad que, al contrario del supuesto objeto de examen, tiene que alimentarse de unos mínimos que presuponen autenticidad, independencia, solidez imaginativa, atracción fecunda de adhesiones, inequívocidad de los objetivos, ausencia de complicidades espurias y modernidad de los métodos y/o razonamientos utilizados.

Más tarde, ha circulado la coartada de que no es del caso, pese a lo anunciado, convocar otra huelga general contra unas reformas cuya ocurrencia no se debe a la creatividad ni a las vigilias de los responsables de la gobernación del Estado– que habrían preferido continuar sus *experimentos sin gaseosa*– y sí a las condiciones impuestas por el Derecho necesario del *orden público europeo*. Los sindicatos –deseosos de eludir la puesta a prueba de la energía de su capacidad transformadora– afirman, contra la realidad de las cosas, que, por motivaciones razonables, desisten de utilizar la huelga general como instru-

mento de transformación. Advierten que, en homenaje al consenso, hay que reemplazar la actuación –visiblemente decaída– de su poder de autotutela por soluciones pactadas con el poder constituido. Un *balón de oxígeno* que sofocaría el descrédito causado por el descarrilamiento de la huelga general a la que cautamente se renuncia. Silencian, para no empeorar el deterioro de su imagen, que el asentimiento del Reino de España a esa fórmula pacificadora no ha nacido de una determinación libremente adoptada. Omiten que constituye la *ejecución de un compromiso* contraído por la UE y los responsables españoles asomados al abismo de una *quiebra de la economía del país*. Un acuerdo que dichos gobernantes, puestos entre la espada y la pared, acataron como una *capitulación sin condiciones*.

Se pregunta si sucesivos episodios –embebidos en la letalidad de la crisis económica e inevitables como tales– darán a los sindicatos la oportunidad de sortear los escollos que arruinan su poder, y de ganar, para edificación de propios y extraños, *posiciones de acción transformadora* que convengan de la veracidad de su empuje, del vigor de sus dotes de credibilidad y del éxito de su espíritu de servicio.

Bibliografía de orientación

- BARCELONA, P. *et al.* *L'uso alternativo del diritto*. Roma- Bari: Ed. LATERZA, 3 vols., 1.974.
- BARTOCCI, E. *Sindacato, clase, società*. Padua: Ed. CEDAM, 1.975.
- BENDIX, R. *Work and authority*. Berkeley: Ed. UNIVERSITY OF CALIFORNIA PRESS, 1.951.
- BOBBIO, N. “Sulla rinascita del Giusnaturalismo”, *Rivista di Filosofia*, pp. 408-410. Padua: Ed. CEDAM, 1.963.
- BROWN, H. *Los orígenes del poder sindical*, trad. de CONDE, A. Madrid: Ed. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, 1.990.
- CAHN, E. *The sense of injustice*. Nueva York: Ed. NEW YORK UNIVERSITY PRESS, 1.949.
- CERRONI, U. *El pensamiento jurídico soviético*, trad. de ZAPATERO, V. Madrid: Ed. EDICUSA, 1.977.
- COTTURRI, G. *Sindicatos, aparatos de justicia y demanda social*, trad. de CAPPELLA, J.R. Barcelona: Ed. FONTANELLA, 1.976.
- DE LA VILLA, L.E. *Materiales para el estudio del sindicato*. Madrid: Ed. INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIALES, 1.979.
- DE VICENTE, C. *Trabajo y Sindicatos, 1.974-1.977*. Madrid: Ed. EDICUSA, 1.977.
- DUBIEFF, F. *Le syndicalisme révolutionnaire*. París: Ed. FLAMMARION, 1.969.
- DUVERGER, M. *Sociología política*, trad. de ESTEBAN, J. Barcelona: Ed. ARIEL, 1.968.

- ETZIONI, A. *La sociedad activa*, trad. de FUENTE, E. Madrid: Ed. AGUILAR, 1.980.
- FLAMMIA, R. *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*. Milán: Ed. GIUFFRÉ, 1.963.
- GARCIA ABADILLO, C. *Fracaso de una huelga*. Madrid: Ed. EL MUNDO, 29.09.10, p. 5.
- GARCIA-PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Ed. ALIANZA UNIVERSIDAD, 1.977.
- GIUGNI, G. *Derecho Sindical*, trad. de VIDA, J. y MONTALVO, J. Madrid: Ed. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, 1.983.
- GOLDSMICHDT, W. *La Ciencia de la Justicia*. Madrid: Ed. AGUILAR, 1.958.
- GOODMAN, P. *The seeds of liberation*. Nueva York: Ed. BRAZILLER, 1.965.
- JIMENEZ, F. *Las cuatro esquinas: Apaño ruinoso Gobierno-sindicatos*. Madrid: Ed. EL MUNDO, 15.01.11, p. 17.
- LURIA, A. *The nature of human conflicts*. Nueva York: Ed. LIVERIGHT, 1.932.
- MANCINI, G. y ROMAGNOLI, U. *Il diritto sindacale*. Bolonia: Ed. IL MULINO, 1.973.
- PARSONS, T. *et al. Toward a general theory of action*. Cambridge, Mass. : Ed. HARVARD UNIVERSITY PRESS, 1.952.
- PETTA, P. *Ideología constitucional de la izquierda italiana*, trad. de CLAVERRIA, A. Barcelona: Ed. BLUME, 1.978.
- RESCIGNO, P. *Persona e comunità*. Bolonia: Ed. IL MULINO, 1.966.
- SANTORO-PASARELLI, F. *Saggi di diritto civile*. Nápoles: Ed. JOVENE, 1.961.
- SIMPSON, K. *International arbitration: Law and practice*. Londres: Ed. STEVENS, 1.959.
- SMURAGLIA, C. *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*. Milán: Ed. FELTRINELLI, 1.958.
- STERNBERG, F. *The coming crisis*. Nueva York: Ed. JOHN DAY, 1.947.
- TARELLO, G. *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*. Milán: Ed. COMUNITA, 1.967.
- TROTSKY, L. *La revolución permanente*, trad. de NIN, A. Gijón: Ed. JUCAR, 1.976.
- WEISS, D. *Política, Partidos y sindicatos en la empresa*, trad. de FZ. MIRANDA, E. Madrid: Ed. INSTITUTO DE ESTUDIOS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 1.982.
- WRIGHT, C. *The new men labour leaders*. Nueva York: Ed. HARCOURT, BRACE and Company, 1.988.
- ZANGARI, G. *et al. Potere sindacale e ordinamento giuridico*. Bari: Ed. DE DONATO, 1.972.
- ZORRILLA, M.M. *Protección judicial de las relaciones colectivas de trabajo*. Bilbao: Ed. GOMILEX, 2.009.

NOTAS

Administración legal y fáctica: revisión de dos supuestos problemáticos en Derecho Penal

María Soledad Gil Nobajas

Doctora Europea. Profesora de Derecho Penal
Universidad de Deusto

Recibido: 20.05.2011

Aceptado: 31.05.2011

Resumen: Mayoritariamente la doctrina y jurisprudencia penal acuden a una interpretación material del concepto de administrador de hecho, sobre la base del ejercicio efectivo y real de las funciones atribuidas al administrador y sin necesidad de que exista un nombramiento habilitante. A pesar de la equiparación del administrador designado formalmente y del administrador fáctico a efectos penales, se presentarían en la praxis societaria algunos supuestos dudosos, de cuya calificación como administrador de hecho o de derecho dependerá el que pueda atribuírseles responsabilidad penal por la comisión de determinados delitos especiales. En este trabajo se analizan dos de estos casos: el representante de la persona jurídica administradora y el administrador oculto, tomando en esta última hipótesis el ejemplo de los grupos de sociedades.

Palabras clave: Responsabilidad penal, Persona jurídica, Administrador de hecho, Sociedad matriz

Abstract: *Mainly, criminal legal practice and theory defend a material interpretation of the concept of de facto administrator on the basis of an effective and real exercise of his functions, without need of a qualifying appointment. Despite the matching of the administrator formally appointed and de facto administrator under criminal law, in the corporate practice there are some doubtful situations, on whose qualification as an administrator of fact or Law may depend the attribution of criminal liability for the commission of certain special offences. In this paper two of these cases will be analyzed: the representative of the administrator-legal person, and the hidden administrator, taking into account in the latter case the example of the groups of undertakings.*

Key Words: *Criminal liability, Legal person, De facto administrator, Parent company*

Sumario: I. PUNTO DE PARTIDA. Una interpretación material del concepto de administrador de hecho. II. PRIMER SUPUESTO. El representante de la persona jurídica administradora. III. SEGUNDO SUPUESTO. El administrador oculto. En concreto, el administrador de la sociedad matriz. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. PUNTO DE PARTIDA. Una interpretación material del concepto de administrador de hecho

El Código penal de 1995 incorporó la figura del administrador de hecho junto al administrador de derecho en el marco de los delitos societarios y en el ámbito de aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro del art. 31 CP. Sin perjuicio de los delitos comunes que obviamente pueden cometer, esto significa que ambos son reconocidos como sujetos activos en dos grupos de delitos especiales. A grandes rasgos, el diferente significado de la incriminación específica del administrador en el campo de los delitos societarios y del art. 31 CP residiría en el hecho de que el cumplimiento de los deberes cuya infracción condiciona la realización del tipo penal corresponde personalmente al propio administrador o, por el contrario, es un cumplimiento con carácter derivado, puesto que inicialmente correspondería a la propia persona jurídica. Así, por ejemplo, cuando el administrador comete una administración desleal porque ha garantizado unas deudas personales con bienes de la sociedad, infringe sus deberes de diligencia, fidelidad y lealtad societaria consagrados en los arts. 225 a 232 LSC. Pero si se le imputa un delito fiscal por haber defraudado a la administración tributaria en concepto de impuesto de sociedades, se le responsabiliza por aplicación del art. 31 porque ha asumido derivadamente el cumplimiento del deber de tributar que originariamente corresponde a la propia persona jurídica. Como puede apreciarse esta diferencia que se acaba de señalar está planteada a los efectos que ahora interesan de la atribución de responsabilidad al administrador y deja de lado en este trabajo la cuestión de por sí conflictiva de la responsabilidad penal de la persona jurídica, introducida en el Derecho penal español por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal.

Pero volviendo al tema del administrador societario, sería contrario a los principios de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho propio pretender hacerle penalmente responsable por el mero dato de haber infringido el deber que, originaria o derivadamente, estaba en sus manos de cumplir; o dicho de otra forma, responsabilizarle por el mero hecho de ostentar una determinada posición jurídica en la persona jurídica, aunque ciertamente la más importante por la asunción de las funciones de gestión y representación que implica. Con ello se quiere poner de relieve dos cuestiones que considero fundamentales en la debatida cuestión del concepto penal de administrador de hecho, pero igualmente en relación con el administrador legalmente designado. En realidad podría decirse que las consideraciones que van a servir de punto de partida al análisis de los dos supuestos problemáticos que vertebran este trabajo, vendrían a ofrecer un resumen de la discusión doctrinal y una toma de postura en este tema, cuyo trasfondo no es posible reflejar con la profundidad y rigor que requeriría en estas líneas.

En primer lugar, mayoritariamente la doctrina interpreta el concepto de administrador de hecho en clave material, de manera que el criterio delimitador estaría en la relación del sujeto con el bien jurídico, es decir, en la exis-

tencia de una posición de dominio sobre la posibilidad de lesión del bien jurídico, que a su vez se concreta en el ejercicio real y efectivo de las funciones propias del administrador¹. Esta corriente interpretativa, que también es mayoritaria en la jurisprudencia², permite ampliar la noción puramente mercantilista de la administración fáctica, en la que únicamente podrían incluirse los casos de irregularidades en algunos de los elementos esenciales para adquirir la condición de administrador *de iure* –nombramiento, aceptación y, para algunos autores, inscripción en el registro– y los supuestos de caducidad del cargo. Bajo una visión material del término, más adecuada a la finalidad protectora de bienes jurídicos que persigue el Derecho penal, se abre la puerta a la posible responsabilidad de otras situaciones de ejercicio fáctico de las atri-

¹ La interpretación material del concepto de administrador de hecho por la que se trata de fundamentar la equivalencia de su actuación con la del administrador de derecho parte en origen de la tesis del dominio social típico desarrollada por GRACIA MARTÍN. Conforme a este planteamiento, la condición de sujeto activo no proviene del *estatus* formal requerido para el desempeño de la función de administración, sino de la posibilidad de *dominio* que tiene el agente sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, es decir, de su capacidad real para lesionarlo con independencia de la vinculación formal con la entidad. Quien posee, *de iure*, el estatus de administrador ostenta, por definición, el dominio social típico que, en todo caso, deberá comprobarse en el caso concreto; quien carece de esa cualidad formal, pero ejerce de hecho la actividad correspondiente a la función de administrador, también puede llegar a ser sujeto activo del tipo, puesto que actúa dentro del ámbito de protección de la norma, ejerciendo el dominio típico sobre el bien jurídico y asumiendo, en consecuencia, una posición de garante. El centro de gravedad recae, así, en la relación material, efectiva y real del sujeto con el bien jurídico penalmente protegido por el tipo. Sobre esta concepción, en profundidad, vid. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. I. Teoría General*, Universidad de Zaragoza, 1985, pp. 338-339 y 350 y ss.

² Es representativa, en este sentido, la STS, 2ª, 59/2007, de 26 de enero, en cuya virtud “será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador (...). Por tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección. Son muchas las situaciones que pueden plantearse, normalmente referidas a apoderados para obligar a la sociedad, y será la concurrencia de una dirección real de la sociedad la que marque el sujeto activo del delito, en este caso, como destinatario de un deber especial de cumplir la exigencia de veracidad en la presentación anual de las cuentas de la sociedad”. Por su parte, la STS, 2ª, 1949/2000, de 18 de diciembre 2000, califica al administrador de hecho de “dominador de hecho”. También postulan un concepto material de administrador de hecho las SSTS, 2ª, 1116/1999, de 16 de julio; 2476/2001, de 26 de diciembre; 1027/2003, de 14 de julio; 816/2006, de 26 de julio; 1101/2007, de 27 de diciembre.

buciones que corresponden al administrador societario, incluso en los supuestos en los que simplemente no hay una habilitación legal al sujeto. Con todo tampoco puede decirse que exista una postura unánime dentro de esta corriente hermenéutica, puesto que ante el temor de desvirtuar la naturaleza de los delitos que incriminan al administrador de hecho y de derecho, de delitos especiales a delitos comunes, algunos autores introducirían algún tipo de correctivo formal al concepto material de administrador de hecho, exigiendo una mínima apariencia formal, en el sentido de un consentimiento tácito de la sociedad o la exteriorización de las funciones de administración³.

El panorama doctrinal se completa con la tesis de los delitos de infracción de deber, que ofrece una combinación del criterio formal y material a la hora de delimitar conceptualmente la administración fáctica, en función de la estructura del tipo penal implicado. En realidad, se está aquí, en su versión más extrema, ante una construcción dogmática sobre el fundamento del injusto penal, de manera que debe diferenciarse entre delitos especiales de dominio y delitos de infracción de deber. En los primeros la responsabilidad surge por competencia de organización, es decir, porque el sujeto no se ha organizado correctamente y, en consecuencia, ha causado un daño a tercero. En los segundos, la responsabilidad surge por la infracción de un determinado deber extrapenal que incumbe al sujeto, esto es, responsabilidad institucional del sujeto, puesto que el sujeto se encuentra previamente obligado institucionalmente a la garantía y tutela del bien jurídico. En este tipo de delitos resulta indiferente que el sujeto desempeñe fácticamente función alguna, ya que lo que

³ Asumen un concepto material de administrador de hecho con un mínimo de apariencia formal de que se es administrador, FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 148; LA MISMA, *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 79-80; CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 238; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 64; POLO VEREDA, J., «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos», en *La Ley*, 1998-2, p. 2046; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción», en AA. VV.: *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, 1998, p. 232; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 97-98; MARTÍNEZ RUÍZ, J., *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión o inspección de los mercados financieros. El art. 294 del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 534-535 y 566; PÉREZ VALERO, I., *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 300; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J./POLO VEREDA, J., *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pp. 65-66; BAJO, M./BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 122.

importa es la infracción del deber especial que le incumbe desde una posición altamente formalizada⁴.

Al margen de las concretas objeciones dogmáticas que pueden achacarse a cada una de las tesis expuestas, creo que debe defenderse un concepto de administración fáctica no limitado, *a priori*, por ningún deber extrapenal, ni por ningún requisito de consentimiento o tolerancia de la sociedad. A mi juicio, las únicas notas válidas al respecto deben venir dadas por el acceso a la posición material de dominio y ejercicio de las funciones de administrador, según señala la teoría del dominio social típico, y que colocan al administrador de hecho en una posición de garante respecto de la vulnerabilidad del bien jurídico idéntica a la que ostenta el administrador de derecho. Con otras palabras, la delimitación conceptual del administrador fáctico integra dos niveles. A un primer nivel abstracto corresponde exclusivamente dar respuesta al porqué de la equiparación incriminadora del administrador *de iure* y *de facto*, definido por la idea de dominio, cuestión que es ajena al tipo penal específico que se aplique. La limitación de la responsabilidad penal a la figura del administrador fáctico debe provenir, por tanto, de un segundo nivel, un estadio de concreción que ha de solventarse en sede de tipicidad. Sólo así tiene sentido excluir algunas modalidades de administración fáctica cuando la lesión del bien jurídico exige una alta cualificación normativa ligada a la condición jurídica del sujeto. Dicha restricción debe someterse a juicio en cada caso particular, relacionando al agente con la conducta típica y el objeto material del tipo penal. En definitiva, no se trata de un problema sobre la validez penal del concepto de administrador de hecho, sino de subsunción típica. O, si se prefiere, de interpretación teleológica de un concepto abierto a la luz del delito aplicable⁵. Sin duda habrá supuestos en los que será imposible que el

⁴ Vid., por todos, GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: criterios de atribución*, Montecorvo, Madrid, 1999, p. 146, 177 y 197; EL MISMO, «Otra vez sobre la responsabilidad sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular», *InDret*, 3/2006, <www.indret.com>, pp. 6 y 7, requiriendo, en todo caso, el requisito de la apariencia formal de cara al exterior. Para una exposición detallada de la tesis de los delitos de infracción de deber y sus réditos en el ámbito del Derecho penal empresarial, vid. BACIGALUPO SAGESSE, S.: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

⁵ Asume un concepto de administrador de hecho, con base en un criterio fáctico, restringido en sede de tipicidad, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Delitos societarios», en AA. VV.: *Derecho Penal Económico*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 581. Siguen también esta concepción, GALLEGO SOLER, J-I., «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Penal», en CORCOY BIDASOLO, M., *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 160-162 y 166; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 315-316 y 325.

agente realice el tipo sin una determinada cualificación subjetiva, pero esta cuestión habrá que resolverse en relación con “el” tipo concreto que requiera un elemento normativo de autoría y “la” específica situación fáctica de la que se parta.

En segundo lugar, consecuencia directa de la toma de postura anterior se desprende también que si el criterio definidor de una administración fáctica reside en la idea de dominio o ejercicio real y efectivo de las atribuciones que corresponden al administrador, aunque no exista nombramiento habilitante, también al administrador de derecho, que ya posee el estatus jurídico requerido para asumir dichas funciones, debe exigírsele el desempeño real de estas para fundamentar su responsabilidad penal en los delitos especiales en los que originaria o derivadamente es reconocido como sujeto activo del tipo. Retomando las palabras con las que se han iniciado este trabajo, únicamente de esta forma es posible conjugar adecuadamente la equivalencia de la actuación del administrador de hecho y de derecho con los principios fundamentales del Derecho penal de culpabilidad y responsabilidad por el hecho.

A la luz de estas consideraciones, se propone seguidamente una revisión de dos supuestos de dudosa calificación entre las categorías de administrador de derecho y de hecho: el representante de la persona jurídica designada administrador de otra persona jurídica y el caso de la administración oculta, analizada con el ejemplo de la figura grupal. Ahora bien, es necesario advertir que los dos supuestos que se van a analizar se sitúan en el plano del problema referido al primer nivel de definición descrito en torno al concepto de administrador de hecho, algo que todavía no prejuzga si por el concreto hecho realizado se va a derivar responsabilidad penal o no.

II. PRIMER SUPUESTO. El representante de la persona jurídica administradora

La legislación mercantil admite plenamente que una persona jurídica adquiera la condición de administradora de otra persona jurídica. Aunque la LSC no contiene una norma explícita al respecto⁶, el RRM dispone expresamente que *en caso de administrador persona jurídica, no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo*. En consecuencia, no parece discutible que si legal-

⁶ El art. 231.2 LSC recoge una autorización indirecta a esta posibilidad cuando hace una enumeración de las personas vinculadas a la persona jurídica administradora a efectos de delimitar el deber de lealtad de los administradores.

mente una persona jurídica puede administrar a otra persona jurídica, es la propia entidad ostenta la posición de administrador de derecho a todos los efectos⁷.

No son pocas las dudas que esta cuestión suscita en sede civil y penal. Pero desde la perspectiva del Derecho Penal que sustenta este trabajo, la posibilidad de designar a una persona jurídica administradora de otra conlleva importantes consecuencias de cara a la atribución de la responsabilidad penal, puesto que originariamente la sociedad administradora es la que posee las especiales características de autoría que requiere el tipo penal que entre en consideración, si se trata de un delito especial. Hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010 la situación desembocaba, como es sabido, en la impunidad de la propia persona jurídica, a salvo, claro está, de lo dispuesto en el art. 31 CP sobre la cláusula del actuar en lugar de otro. Pero con la reforma penal y la introducción del art. 31 bis también la persona jurídica puede ser penalmente responsable, bajo las condiciones que establece la nueva regulación y en determinados supuestos tasados legalmente. Con todo, hay que hacer dos apreciaciones. Primera, la responsabilidad penal de la persona jurídica que incorpora la reforma se somete a un sistema de *numerus clausus* en el que no tienen cabida, precisamente, ni los delitos societarios, ni el nuevo art. 282 bis relativo a la estafa de inversiones, a pesar de que en ellos se incrimina la actuación del administrador de hecho y de derecho. Además, el art. 31 bis permite una responsabilidad concurrente entre la persona jurídica y la persona física⁸, por lo que a efectos de la atribución de la responsabilidad penal a esta última sigue siendo necesario constatar que ha cometido un delito y comprobar si su actuación es subsumible dentro del concepto de administrador de hecho o de derecho.

En atención a esta cuestión, la doctrina ha buscado la solución acudiendo a lo dispuesto en el art. 143 RRM. El Reglamento exige que se designe, con carácter previo, un representante permanente de la sociedad

⁷ De esta misma opinión RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; CASTRO MORENO, A., *El delito societario...*, ob. Cit., p. 229; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001, GALLEGO SOLER, J-I., «El concepto de administrador de hecho...», ob. cit., p. 171; p. 101; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 351.

⁸ El apartado segundo del art. 31 bis recoge la regla general de la responsabilidad concurrente entre la persona jurídica y la persona física, entre ellas, el administrador de hecho o de derecho. Eso no es óbice para que este mismo precepto señale determinadas excepciones a la responsabilidad concurrente que autorizan la sanción autónoma de la persona jurídica que, a efectos prácticos, tienen visos de convertirse en la regla general.

administradora⁹. En orden a la designación, la sociedad administradora cuenta con absoluta libertad e independencia respecto de la entidad administrada, de manera que, en principio, sólo está obligada a ponerlo en conocimiento de esta última, pero no a aceptar imposiciones ni condicionamientos que mermen su libertad de elección. Como regla general, la entidad elegirá a su representante entre aquellas personas que obtengan su plena confianza y reúnan los requisitos de capacidad exigidos por el Derecho, ya sea un administrador de la persona jurídica administradora o un apoderado a tales efectos. En todo caso, una vez designado ejercerá las facultades propias de todo administrador en la sociedad administrada, es decir, las funciones de gestión y representación con plenitud de derechos y sin más limitaciones que las que establezcan las leyes o los estatutos. La pregunta es, por tanto, si la persona física representante puede y debe ser calificada de administrador y, de ser así, si se trata de un administrador de derecho o de hecho.

Para algunos autores el representante permanente de la sociedad administradora es un auténtico administrador de derecho, ya que las personas jurídicas siempre actuarían a través de sus órganos y, en este caso, la actuación del representante habría de considerarse como la actuación de la propia persona jurídica administradora¹⁰. Otros autores coinciden inicialmente con esta

⁹ La exigencia de que se designe un representante de la entidad administradora ha suscitado entre los autores si el nombramiento debe referirse a una única persona física o cabría la posibilidad de nombrar dos o más representantes. Del art. 143 RRM parece que se veda esta segunda opción, aunque nada obsta a que pueda designarse un sustituto del representante. No obstante, la doctrina opina que de la Ley y la jurisprudencia no se desprende una exclusión concluyente, por lo que cabría pensar la posibilidad que se designaran dos o más representantes, del mismo modo en que el art. 124 RRM permite que el órgano de administración pueda optar entre diversas modalidades de configuración. A este respecto, aunque mostrando ciertas dudas para alguna de las modalidades, PRADA GONZÁLEZ, J.M., «La persona jurídica administradora de una sociedad anónima», en *Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2321-2323.

¹⁰ CASTRO MORENO, A., *El delito societario...*, ob. cit., pp. 229-230. También de esta opinión GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Curso...*, ob. cit., p. 101, si bien para este autor deberían en realidad considerarse administradores indirectos de derecho, pues en puridad el auténtico administrador de derecho es la persona jurídica administradora.

Para estos autores la calificación de administrador de derecho es ajena a la aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro del art. 31 CP a los delitos societarios, que sería absolutamente inoperativa en este ámbito. Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código Penal», en EL MISMO, *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001, p. 162, EL MISMO, *Curso...*, ob. cit., p. 112, refiriéndose expresamente al supuesto de que el administrador de derecho es una persona jurídica. Niega también la operatividad del art. 31 CP a los delitos societarios, SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2006, p. 584. No obstante, otra corriente doctrinal llega a la misma conclusión de que el representante es administrador de derecho, vía aplicación del art. 31 CP en relación con la persona jurídica administradora, con carácter previo a la reforma por LO 5/2010. Así, MORENO CÁNOVES, A./RUÍZ MARCO, F., *Delitos so-*

postura, pero admiten que el representante pueda ser calificado también de administrador de hecho, cuando la entidad que administra se encuentra en una situación anómala –liquidación, constitución, etc.– o cuando se trata de un simple apoderado de la sociedad administradora y no de su administrador de derecho¹¹. Y, en fin, otra corriente prefiere calificar al representante de administrador de hecho¹² de la sociedad administrada, pues solo la entidad administradora posee *de iure* dicha condición. Según esto, en la medida en que la persona física que realmente desempeña las funciones de gestión y representación ostenta el dominio social típico y asume una posición de garante respecto de bienes jurídicos, puede decirse que ejerce, *de facto*, la labor de administración.

Por mi parte, considero perfectamente admisible esta última postura, dado que realmente la administración *de iure* corresponde a la persona jurídica administradora, y siempre y cuando se establezca la correspondiente conexión de este supuesto de administración fáctica con el objeto material y conducta del tipo penal que entre en consideración. Sin embargo, a mi juicio es posible un diferente planteamiento de esta hipótesis, cuya explicación requiere delimitar varias situaciones. Para calificar jurídico-penalmente al representante de la sociedad administradora, considero que debe atenderse, por un lado al título por el que el sujeto accede a dicha representación y, por otro, tomar en consideración las diferentes competencias atribuidas legalmente a los admi-

cioeconómicos, EDIJOS, Zaragoza, 1996, p. 254; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal...*, ob. cit., p. 120; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...*, ob. cit., p. 351. Lo que no especifican estos autores es si el art. 31 CP opera con carácter general en el ámbito de los delitos societarios o únicamente en el supuesto puntual de una persona jurídica administradora. Por su parte, FARALDO CABANA da por supuesta la aplicación del art. 31 CP en los delitos societarios cuando hay persona jurídica administradora, pero lo que no especifica la autora es si el representante es responsable de la comisión del delito societario como administrador de hecho o de derecho. En FARALDO CABANA, P., *El delito societario...*, ob. cit., p. 125.

¹¹ MORENO CÁNOVES, A./RUÍZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos...*, ob. cit., p. 254; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal...*, ob. cit., p. 120; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, ob. cit., p. 230, nota 122; RÍOS CORBACHO, J.M., *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Universidad de Cádiz, 2005, p. 151; MAGRO SERVET, V., «La responsabilidad penal de los administradores de hecho», en SOLER PASCUAL, L.A. (Dir.), *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos*, CDJ, CGPJ, Madrid, 2006, p. 150; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...*, ob. cit., p. 351.

¹² SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., *Los delitos societarios*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 60-61; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios...*, ob. cit., p. 72; FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Sujetos responsables en los delitos societarios», en *Revista Penal*, 1998-1, pp. 21-29; p. 25; MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 420-457; RÍOS CORBACHO, J.M., *El administrador de hecho...*, ob. cit., p. 58, aunque no queda claro si estos autores llegan a esta conclusión por aplicación o no del art. 31 CP.

nistradores. Partiendo de estas premisas, tal vez se llegue a la conclusión de que el representante de la persona jurídica administradora puede ser sujeto activo idóneo de ilícitos penales cometidos en la persona jurídica administrada, pero bajo una calificación diferente¹³, según los supuestos. Intentaré, a continuación, fundamentar coherentemente esta hipótesis.

Conviene aclarar previamente el supuesto de hecho debatido, bastante frecuente, a la sazón, en la práctica societaria: la sociedad X nombra administrador –supongamos que un miembro más de su Consejo de Administración– a la sociedad Y. Esta última sociedad, a su vez, está administrada por su propio Consejo de Administración que ejercita las funciones de gestión y representación de la sociedad Y. Aquí sitúa la doctrina mayoritaria los términos de la discusión, sin mayores precisiones. Puesto que en el fondo, se dice, quien realmente va a llevar a cabo la administración de la sociedad X va a ser el propio Consejo de Administración de la sociedad Y, el miembro de este que se designe como representante será, en primer lugar, administrador de derecho de la sociedad Y; pero también, en segundo lugar, administrador de hecho o de derecho, según la preferencia de cada autor, de la sociedad X. Pero, a mi modo de ver, calificar al representante de administrador de hecho o de derecho presupone afirmar que esta persona realmente es administradora de la sociedad Y, propuesta que no puede ser asumida automáticamente. No parece discutible que la sociedad Y es administradora de derecho de la sociedad X, pues esta posibilidad viene reconocida legalmente. También por imperativo legal la sociedad Y ha de desempeñar la función de administración por medio de una persona física. Llegado a este punto, las dudas surgen a la hora de interpretar el art. 143 RRM, que se refiere a *la persona física que aquella* (la sociedad administradora, en el caso propuesto, la sociedad Y) *haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo*. Señala FERNÁNDEZ TERUELO que hay que diferenciar al que actúa como administrador de la sociedad de aquel que representa a la sociedad administradora¹⁴, lo que, según entiendo, sugiere que *no* necesariamente el representante designado por la sociedad Y tiene que ser un miembro de su Consejo de Administración, sino un representante de la sociedad Y en la sociedad X o, lo que viene a ser lo mismo, un representante voluntario de la sociedad Y que ejerce labores de administración en la sociedad X. De esto se desprende una

¹³ Con esto hago referencia a la calificación por la que el representante se erige en sujeto idóneo del tipo penal, aspecto que es totalmente ajeno al título de imputación por el que deba responder y, por cierto, independiente de la responsabilidad penal en que pueda concurrir la propia persona jurídica por la vía del art. 31 bis. En otras palabras, a efectos penológicos corresponde la misma pena al representante -bien como autor, bien como partícipe-, tanto si se le considere administrador de derecho, de hecho o representante voluntario de la entidad, criterio también recogido en el art. 31 CP.

¹⁴ En *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 97.

primera conclusión provisional en los supuestos en los que la persona física designada no es, a su vez, administradora de derecho de la persona jurídica: respecto de los ilícitos penales que el representante comete en la sociedad X en relación con los deberes de administración de la sociedad Y en cuya representación actúa, vendría en aplicación la cláusula del art. 31 CP. Aunque la especial cualidad de autoría requerida por el tipo penal se trasladaría a la persona física, no en función de su posición como administrador de hecho o de derecho, sino como representante voluntario de otro, criterio de atribución también recogido en el art. 31¹⁵. Fuera de este supuesto, cuando la persona física designada es, igualmente, administradora de la persona jurídica, se estaría ante un supuesto de administrador fáctica.

Sin perjuicio de lo anterior, aún es necesario introducir otras variables en esta cuestión. Las funciones de gestión y representación atribuidas, *ex lege*, a los administradores, en cualquiera de las modalidades que contempla la legislación societaria, pueden ser delegadas con el límite expreso del art. 249.2 LSC. En su virtud, la rendición de cuentas y la presentación de balances son, en todo caso, indelegables. Dado que estas labores indelegables corresponden a la vertiente de gestión societaria, sólo pueden ejercerse por quien, además de ser nombrado representante de la sociedad Y, es a su vez administrador en esa misma sociedad. En estos casos, esto excluye la posibilidad de acceder a la representación en virtud de un título diferente al de administrador. En consecuencia, es posible hablar de administrador de hecho en dos supuestos: primero, con carácter general, cuando un administrador de la sociedad Y es designado representante en la sociedad X. Segundo, concretamente esta calificación será obligatoria cuando se trata de funciones indelegables del Consejo de Administración, pero por aplicación del art. 31 CP. En cambio, cuando el representante accede a este cargo bajo un título diferente, puede ser sujeto activo del tipo penal cometido en la sociedad X únicamente en aquello que sea delegable –funciones de representación de la entidad y actos de gestión que no se refieran a la formulación de cuentas y balances– y, en este caso, gracias al criterio de “representante voluntario de otro” previsto en el art. 31 CP.

Recapitulando. El art. 31 CP no es aplicable, por regla general, al ámbito de los delitos societarios, ya que en ellos las condiciones para ser sujeto ac-

¹⁵ Esta interpretación es posible si se admite que este criterio de atribución remite tanto a personas físicas como jurídicas, a lo cual no veo inconveniente. Admite este planteamiento, aunque concluye que el representante sería *como mínimo un administrador de hecho* FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios...*, ob. cit., p. 97 (sin cursiva en el original). En la misma línea, GALLEGO SOLER, J-I., «El concepto de administrador de hecho...», ob. cit., p. 171. Contraria a esta interpretación, FARALDO CABANA, para quien la expresión “de otro” sólo se refiere a la persona física. En *El delito societario...*, ob. cit., p. 126, nota 317.

tivo apuntan, directamente, a los administradores de hecho o de derecho¹⁶. No obstante, existe una excepción a la regla, exclusivamente en el supuesto de que una persona jurídica es nombrada administradora de derecho de otra persona jurídica, pues entonces es necesario aplicar el precepto en cuestión para transferir al representante designado las especiales condiciones de autoría que exige el tipo penal, con independencia de que se trate de algún delito en los que expresamente se prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica por la vía del art. 31 bis. Dentro de este supuesto puntual, dicho representante podrá responder penalmente conforme a dos calificaciones diferentes: como administrador de hecho, supuesto más frecuente, cuando el representante de la entidad administradora sea, a su vez, miembro de su Consejo de Administración; o como representante voluntario, cuando el sujeto que accede a la representación no ostenta este cargo de administrador en la sociedad administradora, aunque aquí sus funciones de administración en la sociedad administrada deberán ceñirse exclusivamente a aquellas que tengan carácter delegable¹⁷.

III. SEGUNDO SUPUESTO. El administrador oculto. En concreto, el administrador de la sociedad matriz

En numerosos supuestos de administración fáctica el sujeto que concentra el poder decisorio en la entidad ni tiene nombramiento habilitante, ni asume las facultades del cargo de administrador desde otra posición jurídica legitimadora, como ocurre en ocasiones con el otorgamiento de poderes a un

¹⁶ No comparto la afirmación de RÍOS CORBACHO de que la regla del art. 31 resulta superflua en relación con los delitos societarios (*El administrador de hecho...*, ob. cit., p. 59). Decir que es una regla superflua significa que ya estaría contenida en los propios delitos societarios, con lo que la cláusula general del art. 31 CP supondría una reiteración innecesaria en estos casos. En realidad no es una regla superflua para los delitos societarios, sino que el art. 31 trata de resolver un problema que no se plantea en estos delitos, porque no hay escisión entre el sujeto cualificado –administrador de hecho o de derecho– y realización del tipo. La única excepción constituye el supuesto estudiado de que una persona jurídica haya sido designada administradora de otra persona jurídica.

¹⁷ Se podría preguntar si esta misma solución es aplicable a los apoderados, dado que estos son también representantes voluntarios de la persona jurídica. Sin embargo, no parece posible acudir a esta interpretación, porque no existiría escisión entre destinatario primario de la norma y sujeto idóneo del delito. Es decir, en los apoderamientos, el sujeto se encuentra directamente vinculado por el deber que le otorga el poder, mientras que, en el supuesto que ahora se analiza, entre la sociedad administrada y el representante voluntario se interpone la entidad administradora, que, de manera primaria, tiene que respetar la obligación que le impone el tipo penal. Por eso, los casos de apoderamiento sólo pueden resolverse por la vía del administrador de hecho, cuando existe dominio sobre la estructura social típica y siempre y cuando esté en condiciones de llevar a cabo la conducta típica.

sujeto por parte del administrador legal¹⁸. En realidad, las situaciones que ahora se abordan implican la existencia de un determinado vínculo con la sociedad, pero por diversas razones se considera preferible mantener oculto. De ahí que estos supuestos se denominen de “administradores ocultos” o “administradores en la sombra”, es decir, sujetos que dirigen los designios de la entidad a su antojo manteniendo su actuación encubierta. Ahora bien, es muy difícil que en la práctica se dé una administración de estas características en estado puro, ya que de cara a la sociedad y a terceros siempre debe aparecer un administrador regular, aunque su actuación se someta a las directrices del administrador oculto. Por tanto, el primer elemento definidor de esta clase de administración fáctica es la concurrencia de dos sujetos: el administrador de derecho o, al menos, con visos de regularidad, que aparece formalmente de cara a la sociedad y a terceros y el “hombre de atrás”, que materialmente decide los designios de la entidad.

Los motivos que generan una situación de administración oculta son de muy diversa índole¹⁹ y alcanzan diferentes grados de implicación²⁰, pero en modo alguno son un fenómeno excepcional. Es muy habitual que entre la sociedad y su verdadero centro de poder medien uno o más eslabones intermedios, con el objeto principal de poner cuerpo y voz a las instrucciones que provienen del sujeto que actúa en la sombra. La trascendencia jurídico-penal de una actuación delictiva cometida bajo estos parámetros centra el debate en

¹⁸ Estas situaciones de administración fáctica se presentan con frecuencia ante los tribunales y suelen ser habituales en las sociedades de corte familiar. En estas entidades, la administración fáctica se presenta entre padres e hijos o entre cónyuges, donde, por lo general, existen razones basadas en la relación de parentesco para esperar que el miembro de la familia -normalmente los hijos o la esposa- va a cumplir con las instrucciones del administrador oculto que se presenta de cara a terceros bajo otro título. Sobre los posibles supuestos que integra, con alusiones jurisprudenciales, puede consultarse PERDICES HUETOS, A., «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho mercantil», en CORCOY BIDASOLO, M.: *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 142-143.

¹⁹ Eludir las responsabilidades que derivan de la condición de administrador, utilizar a una persona en situación de apuros económicos o, simplemente, el hecho de que una persona poderosa quiera manejar los entresijos sociales desde una cómoda posición encubierta, como la de un socio mayoritario o un acreedor privilegiado.

²⁰ Desde el punto de vista del alcance de la responsabilidad penal de ambos sujetos, debe diferenciarse los casos en los que el administrador formal carece de autonomía decisoria, quedando su actuación plenamente sometida a los dictados del administrador oculto, de aquellos otros en los que existe una coadministración porque también el administrador formal mantiene una esfera de actuación propia. Como puede advertirse esta cuestión excede las pretensiones de este trabajo, en el que se aborda exclusivamente si la persona en la sombra es administradora de hecho y, en consecuencia, puede ser sujeto idóneo de ilícitos penales, pues remite a la aplicación de las reglas de autoría y participación penales, con los específicos problemas que plantean en el marco de estructuras organizativas.

la calificación que merece el hombre de atrás, puesto que el alcance de su responsabilidad penal diferirá en función de la postura que se adopte. Para su análisis, y dada la variedad de supuestos en que puede materializarse la administración oculta, se centrará la atención en los grupos de sociedades, a los que juzgo buenos exponentes de las características y problemas penales que plantea esta vertiente de la administración fáctica.

A pesar de ser un fenómeno reconocido por el Derecho, los grupos de sociedades constituyen una materia controvertida y escasamente regulada. No existe una noción unitaria de lo que es la figura grupal, ni hay una ley específica que la regule. Esto se debe a que su creación es puramente fáctica, por lo que únicamente es posible encontrar preceptos puntuales que se refieran a ella. De estas escasas referencias legales, la doctrina mercantilista define mayoritariamente el grupo de sociedades como la situación de varios empresarios —generalmente sociedades— jurídicamente independientes que, por estar sometidos a una dirección única de contenido general, constituyen una unidad económica²¹. De acuerdo con esta noción, son dos las notas esenciales del grupo: 1. Desde una perspectiva jurídica, cada sociedad que integra el grupo mantiene su propia autonomía, de manera que globalmente no posee una personalidad jurídica independiente. 2. Económicamente, sin embargo, los intereses sociales individuales de las sociedades se someten al interés del grupo, atribuyendo a la sociedad dominante o matriz el ejercicio de la dirección del grupo. Independencia jurídica y dirección unitaria, elementos en principio antagónicos, se articulan mediante el control. Puede decirse que existen tantos tipos de grupos como modos de adquirir el control²², bien mediante técnicas societarias, bien por medio de contratos empresariales. Pero lo importante, en definitiva, no es tanto el modo en que se adquiere el control, sino el hecho de establecer una relación de subordinación y dominio. Con otras palabras, si el objetivo es establecer una dirección económica efectiva y estable, es necesario que la sociedad dominante tenga el poder de influir, de manera decisiva y duradera, en la gestión de las sociedades dominadas²³. En esta cuestión re-

²¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Concepto y significado institucional de los grupos de empresas», en *Libro-Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre*, vol. III, Junta de Decano de los Colegios Notariales, Madrid, 1977, p. 532; EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios: la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 25.

²² Grupos por subordinación o por coordinación, centralizados o descentralizados, contractuales o de hecho, etc. Vid. una exposición de la tipología de grupos en DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Concepto y significado...», ob. cit., pp. 539-549.

²³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., «Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores», en *RDM*, 1998-I, p. 127. No obstante, dirección económica unitaria y control son dos términos de difícil delimitación y con riesgo de solaparse e, incluso, confundirse. A este respecto, se discute si el presupuesto básico de los grupos de sociedades está en la nota de control, puesto que este elemento permite alcanzar la dirección unitaria, o en el aspecto de la dirección unitaria. Con todo tampoco resultan claros los contornos de este último concepto,

viste especial importancia el contenido del artículo 42 CCo, relativo a la obligación de formular cuentas consolidadas, en cuya virtud se presume la relación de dominio y, en consecuencia, la existencia de grupo cuando una entidad mercantil posee respecto de otra la mayoría de los derechos de voto. Esta participación mayoritaria ha podido surgir, bien porque la entidad posee la mayoría de los derechos de voto por sí misma o por acuerdos con otros socios –participación directa–, bien porque los derechos corresponden a sociedades dominadas o a personas que actúan por su cuenta –participación indirecta–. Asimismo, también habrá indicios de la existencia de control cuando una sociedad esté facultada para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración o pueda nombrar exclusivamente con sus votos a la mayoría de miembros²⁴.

Es indudable que la utilización de estos mecanismos otorga a los administradores de la sociedad dominante una capacidad real y efectiva para condicionar la actuación de los órganos sociales de las sociedades dominadas, a pesar de que, por definición, estas mantengan su propia organización y sus órganos de administración conserven formalmente las competencias. Todo ello queda mediatizado desde el momento en que existe una dirección unitaria del grupo²⁵. Eso no implica que el grupo sea, por sí mismo, un factor de fraude o

llegando a sostenerse que consiste en el poder de dirección de la empresa o sociedad dominante sobre las sociedades dependientes. Vid. una aproximación a esta controversia en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., «Grupos de sociedades...», ob. cit., pp. 123-136. No obstante, coincido con la mayoría de la doctrina en que el presupuesto fundamental para hablar de grupo es la idea de la dirección unitaria, ya que el fenómeno grupal presenta una gran variedad de tipos, pudiendo existir aunque no se dé el sometimiento de unas sociedades respecto a otras, esto es, los llamados grupos paritarios o por coordinación.

²⁴ Una corriente doctrinal entiende que el art. 42 CCo no regula de forma adecuada las notas esenciales del concepto de grupo porque deja de lado la existencia de una dirección unitaria del conjunto de sociedades. Conforme a esta opinión, se recogería una noción acorde a la esencia de grupo en el art. 4 de la Ley 24/88, de 26 de julio, del Mercado de Valores, en virtud del cual, *a los efectos de esta ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto*. Este artículo continúa diciendo que se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta. En este sentido, el art. 4 LMV adopta un concepto más amplio de grupo frente al del art. 42 CCo, caracterizado por dos factores: un control que puede alcanzarse por cualquier medio, tanto societario como contractual, y la existencia de una unidad de decisión. Sobre la controversia en torno al concepto de grupo, vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., «Grupos de sociedades...», ob. cit., pp. 128-135; FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Edersa, Madrid, 2001, pp. 218-227 y 260-268.

²⁵ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Concepto y significado...», ob. cit., p. 569.

riesgo²⁶, pero nada impide que gracias a su estructura y conexiones internas pueda ser también fuente de ilícitos penales. Lo que caracteriza a estos delitos es, precisamente, que la actuación del órgano de administración de la sociedad dominada, si bien es atribuible formalmente a sus miembros, depende del órgano de administración de la sociedad dominante, de forma exclusiva o en connivencia con aquellos. Imagínese, por ejemplo, que, siguiendo la política del grupo, la sociedad dominante impone a una o varias filiales su descapitalización en beneficio de otras, dando lugar a una quiebra fraudulenta; o que se disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad dominada en beneficio de la sociedad dominante o de otras; e igualmente cabe pensar en unas falsedades en documentos sociales como mecanismo para llevar a cabo las actuaciones anteriores.

La vía adecuada para dar una respuesta jurídico-penalmente válida, a mi juicio, a estas situaciones delictivas consiste en incluir a los administradores de la sociedad dominante dentro del concepto general de administrador de hecho²⁷ y darles, así, entrada en el ámbito del sujeto activo de los tipos penales que requieren la condición de administrador de hecho o de derecho para ser autor del mismo. La decisión, ya sea en sí misma constitutiva de delito, ya determine la realización posterior del hecho delictivo, se discute y adopta directamente en el Consejo de Administración de la sociedad dominante y después se traslada formalmente al órgano de administración de la sociedad dominada, normalmente a través de las mismas personas integradas en ambos consejos, así como a su Junta General²⁸.

No obstante, esta postura entra en colisión con ciertas interpretaciones material de administrador de hecho que limitan el ejercicio efectivo de las atribuciones de administración sobre la base del dominio social típico a la

²⁶ En principio, la subordinación de una o varias entidades a otra es valorativamente neutra o, incluso, beneficiosa, por cuanto que con su creación se pretende beneficiar al conjunto de las sociedades que lo integran, es decir, el interés del grupo, a efectos de optimizar sus recursos, reducir costes y repartir riesgos y responsabilidades.

²⁷ Los administradores de la sociedad dominante no son administradores de derecho de la sociedad dominada, debido a la independencia jurídica que mantiene cada sociedad y ello a pesar de que pueda coincidir en el mismo sujeto la condición de administrador en el órgano de administración de las sociedades madre y filial. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Curso...*, ob. cit., p. 102. También califica de administradores de hecho a los administradores de la sociedad madre respecto de sus filiales, MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario...*, ob. cit., p. 458; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios...*, ob. cit., p. 77. El Tribunal Supremo acoge un concepto material de administrador de hecho favorable a la inclusión del administrador oculto. Así, la STS, 2ª, 816/2006, de 26 de julio, califica de administrador de hecho "a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra".

²⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Curso...*, ob. cit., p. 104.

existencia de un mínimo formal en su situación. Conforme a esta corriente interpretativa, aunque el sujeto que se mantiene en las sombras domina y controla el hecho típico, se arroga unas funciones que no se materializan externamente y, por tanto, no pueden ser reconocidas, ni siquiera de forma tácita, por la sociedad. En consecuencia, dicen estos autores, los casos de grupos de sociedades y, en general, todos aquellos supuestos en los que el sujeto que ostenta el poder decisorio de la sociedad actúa por medio de una persona o personas interpuestas –físicas o jurídicas–, no caen dentro de la interpretación penal de lo que es un administrador de hecho. Puesto que ya existe un administrador formalmente nombrado, que es quien ostenta la posición jurídica para ser sujeto idóneo del tipo penal, la finalidad protectora de bienes jurídicos del Derecho Penal quedaría cubierta responsabilizando a este último a título de autor; por su parte, el administrador oculto únicamente puede responder conforme a las reglas de la participación por su contribución al hecho, porque es un *extraneus* vetado a la autoría²⁹.

No cabe duda de que una interpretación restrictiva del concepto de administración fáctica tiene una finalidad claramente garantista, al objeto de que no se responsabilice penalmente a un sujeto que carece de la cualidad formal legalmente exigida por el tipo penal aplicable. Sin embargo, a mi juicio no creo que deba ser esta la orientación, ya que sí creo posible atribuir al hombre de atrás o administrador oculto la condición que requieren algunos tipos penales especiales para ser sujeto idóneo de los mismos. Esta condición no es ciertamente la de administrador de derecho, pero sí la de administrador de hecho. Desde postulados político-criminales y de justicia material, es sumamente discutible que quien realmente toma las decisiones, tiene el dominio sobre el administrador nombrado o, en el mejor de los casos, lo comparte con este y controla los medios y formas de la comisión del hecho haya de tener un trato más privilegiado que el administrador que aparece como tal de cara a la sociedad y a terceros, por el hecho –de por sí dudoso– de no exteriorizar su actuación³⁰. Una visión estricta de este escenario favorecería la impunidad

²⁹ Esta sería la consecuencia lógica de excluir a tales sujetos del concepto de administrador de hecho, ya que los delitos societarios y los delitos en los que entra en aplicación el art. 31 CP son delitos especiales y, además, propios. La única excepción la encontraría GÓMEZ BENÍTEZ en el art. 290 CP, al que califica de delito especial impropio. En este caso, los *extranei* –personas que no sean administradores de hecho o de derecho pero puedan falsificar documentos sociales, especialmente los externos– también podrían responder penalmente como autores, pero únicamente respecto del correspondiente delito común. No obstante, respecto de los administradores de las sociedades dominantes, se muestra favorable a englobarlos dentro del concepto de administrador de hecho, de tal modo que sea posible su consideración como autores de la mayoría de los delitos societarios –y del ámbito de aplicación del art. 31 CP, me permito añadir– exclusivamente o en conjunción con los administradores de derecho. En «Delitos societarios», ob. cit., p. 578, nota 22.

³⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad de la empresa...*, ob. cit., p. 138.

del hombre de atrás en este tipo de conductas, sobre todo en situaciones en las que el administrador regular actúa bajo error, coacción o miedo.

En mi opinión el criterio rector de la equivalencia entre la actuación del administrador *de iure* y *de facto* no debe recaer en un aspecto de naturaleza formal, sino en la asunción del dominio social o desempeño real y efectivo de las funciones propias del cargo de administrador; en el caso específico de los grupos de sociedades, en la efectiva dirección de la entidad filial por parte del administrador de la sociedad dominante o, en términos generales, por cualquier administrador oculto, que le coloca en situación de poder vulnerar el bien jurídico tutelado. El administrador que formalmente aparece de cara al exterior viene a ser, en numerosas ocasiones, una simple marioneta del sujeto en las sombras, por lo que decir que únicamente es partícipe por su intervención en el delito cometido por el administrador de derecho parece una burla a la realidad. Por supuesto, no es posible colegir de aquí una máxima general de atribución de la responsabilidad penal a ambos sujetos, ya que las hipótesis que se pueden presentar en la *praxis* societaria recorren todo un abanico de posibilidades. El administrador de derecho puede ser el testaferro u hombre de paja del administrador oculto. Otras veces, en cambio, el administrador regular o aparente mantiene un grado de autonomía decisoria o, incluso, actúa en connivencia con el hombre de atrás. Ello afectará a la atribución de la responsabilidad penal de ambas figuras jurídicas –a título de autoría o de participación–, dependiendo del grado de dominio que manifiesten en su actuación, pero no así a su calificación de administrador de derecho y de hecho³¹.

De lo expuesto se desprende que al objeto de incluir la administración oculta en un concepto de administración fáctica con pretensiones de validez penal, o bien se niega cualquier tipo de requisito formal como presupuesto para la presencia de una administración de hecho, o bien se interpreta de una manera compatible con la esencia de la administración oculta. De acuerdo con una interpretación material del concepto de administrador de hecho, según la tesis del dominio social, considero más conveniente decantarse por la primera opción³², puesto que interpreto que las limitaciones a esta noción deben

³¹ Consideran al administrador oculto como administrador de hecho, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., *Los delitos societarios...*, ob. cit., p. 63; FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Sujetos responsables en los delitos societarios», en *Revista Penal*, 1998-1, p. 27; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «El “actuar en lugar de otro” en el nuevo Código Penal español», en EL MISMO, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 208; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal...*, ob. cit., p. 138; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Curso...*, ob. cit., pp. 104 y 109; CORCOY BIDASOLO, M., *Manual práctico de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Derecho Penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 177; GALLEGO SOLER, J-I., «El concepto de administrador de hecho...», ob. cit., pp. 168 y 171.

³² Opción que defiende NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal...*, ob. cit., p. 138. Parece desprenderse esta opinión en SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «El “actuar en lugar de otro”...», ob. cit., p. 202; EL MISMO, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005pp. 23-24.

realizarse en sede de tipicidad, es decir contrastando las concretas funciones de administración que lleva a cabo el sujeto con el objeto material y la conducta típica que determina el tipo penal. Con todo, todavía podría interpretarse que la presencia de un posible elemento de carácter formal, si no directamente, se manifiesta a través del testaferro, que es quien exterioriza la actuación del administrador oculto. Pero la nota de la exteriorización recae sobre la *función* de administración, no sobre la persona que la ejerce. Por tanto, los efectos externos de la gestión son independientes de que sea el administrador, personal y directamente o por medio de un hombre de paja o tercero, quien los ejerce³³. Además, difícilmente puede decirse en un grupo de sociedades que la situación no es conocida por la sociedad filial, es decir, que no existe un mínimo de reconocimiento social tal y como entienden otros autores, ya que precisamente lo característico de este fenómeno es que la Junta General y el Consejo de Administración de la sociedad dominada están participados mayoritariamente por los administradores de la sociedad dominante y se encuentran subordinados a sus directrices.

Para finalizar, es preciso efectuar algunas matizaciones. En relación con los grupos de sociedades se admite por la doctrina mercantilista, aunque con ciertas reservas, que es suficiente un control potencial sobre las sociedades dependientes para la existencia del grupo. Sin embargo, a efectos penales, no parece de recibo admitir una mera posibilidad hipotética de ejercer el control para dar por cumplido el acceso al dominio social, sino que dicho control debe ser real y efectivo. Sin este dominio material sobre la estructura típica no se justifica la responsabilidad penal del agente y en modo alguno puede presuponerse cuando el control o influencia es meramente potencial. Corolario de lo anterior, y para todo supuesto de administración mediante persona interpuesta, la subordinación o dependencia ha de suponer un sometimiento o acatamiento a la dirección del administrador oculto. Con otras palabras, no basta para calificar al hombre de atrás de administrador de hecho el mero asesoramiento o consejo profesional; por el contrario, el control requiere una entidad suficiente y cierta regularidad en el tiempo para que permita al agente acceder a la vulnerabilidad del bien jurídico protegido y asumir una posición de garante, lo que habrá de comprobarse en el caso concreto en función de la propia actuación llevada a cabo por el sujeto que actúa en la sombra.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

BACIGALUPO SAGESSE, S., *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

³³ GALLEGO SOLER, J.-I., «El concepto de administrador de hecho...», ob. cit., pp. 167-168.

- BAJO, M./BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª ed, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.
- CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, M., *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.
- DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J./POLO VEREDA, J.: *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Concepto y significado institucional de los grupos de empresas», en *Libro-Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre*, vol. III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1977, pp. 525-586.
- EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios: la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- FARALDO CABANA, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
— *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Edersa, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid, 1998.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Sujetos responsables en los delitos societarios», en *Revista Penal*, 1998-1, pp. 21-29.
- GALLEGO SOLER, J-I., «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Penal», en CORCOY BIDASOLO, M., *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 147-175.
- GARCÍA CAVERO, P., «Otra vez sobre la responsabilidad sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular», InDret, 3/2006, www.indret.com
— *La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: criterios de atribución*, Montecorvo, Madrid, 1999.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código Penal», en EL MISMO, *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001, pp. 161-165.
— *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001.

- «Delitos societarios», en AA. VV.: *Derecho Penal Económico*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 563-622.
- GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. I. Teoría General*, Universidad de Zaragoza, 1985.
- MAGRO SERVET, V., «La responsabilidad penal de los administradores de hecho», en SOLER PASCUAL, L.A. (Dir.), *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos*, CDJ, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 133-186.
- MARTÍNEZ RUÍZ, J., *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión o inspección de los mercados financieros. El art. 294 del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MORENO CÁNOVES, A./RUÍZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, EDIJOS, Zaragoza, 1996.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- PERDICES HUETOS, A., «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho mercantil», en CORCOY BIDA-SOLO, M.: *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 131-146.
- PÉREZ VALERO, I., *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- POLO VEREDA, J., «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos», en *La Ley*, 1998-2, pp. 2044-2056.
- PRADA GONZÁLEZ, J.M., «La persona jurídica administradora de una sociedad anónima», en *Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2295-2338.
- RÍOS CORBACHO, J.M., *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Universidad de Cádiz, 2005.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción», en AA. VV.: *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, 1998.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., «Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1998-I, pp. 117-153.
- *Los delitos societarios*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005

- «El “actuar en lugar de otro” en el nuevo Código Penal español», en EL MISMO, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 175-220.

Cine y procesos migratorios

Juan Manuel Goig Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 27.04.2011

Aceptado: 31.05.2011

Resumen. Los desplazamientos humanos en busca de mejores condiciones de vida desde un punto de vista económico, social y cultural ha sido una constante en la historia de la humanidad. El incremento de los flujos migratorios constituye, especialmente en los últimos años, una fuente de preocupación creciente para los gobiernos, organizaciones internacionales y la propia sociedad. El presente artículo analiza cómo el cine ha entendido y mostrado los fenómenos migratorios y su trasfondo político, económico y social, especialmente en el caso español.

Palabras clave. Cine, multiculturalidad, procesos migratorios, globalización.

Abstract. *Human mobility episodes in the pursue of better life conditions from a economic, social and cultural point of view have been a big issue in the human history. The increase of migratory flows constitute, specially in the last years, a source of concern for governments, international organizations and even the society. This article analyzes how the cinema has understood and showed the different migratory flows and its political, economic and social aspects, specially within the Spanish case.*

Key words. *Cinema, multiculturality, migratory flow, globalization.*

Sumario: I. Introducción. II. Cuestiones en torno a los flujos migratorios. Cine y migraciones. 2.1.Cine y diversidad cultural. Gestión de la diversidad: multiculturalidad e interculturalidad. III. Las migraciones en el cine español.

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la humanidad muestra que el desplazamiento de poblaciones como consecuencia de guerras, persecuciones políticas o religiosas, hambrunas, comercio de esclavos, conquistas, cautiverios o colonización, ha sido una constante a lo largo de los siglos.

Los desplazamientos humanos en busca de mejores condiciones de vida y de horizontes personales más amplios han existido siempre. La emigración es un hecho social, un derecho natural de la persona vinculada al principio de libertad¹.

¹ POLO SÁNCHEZ, M^a.C.- *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, CES, 1994, pág. 25.

Desde los primeros tiempos, el hombre ha salido de su territorio para la conquista de nuevos territorios o para la búsqueda de mayor fortuna. Sin embargo, las causas de la emigración han experimentado un profundo proceso de transformación. El movimiento de personas fuera de las fronteras de los Estados de los que son nacionales es el resultado, entre otras causas, de la pobreza extrema, la discriminación racial o sexual, los conflictos internos, la falta de oportunidades o la reunificación familiar.

El incremento de los flujos migratorios constituye fuente de preocupación creciente para los gobiernos, la sociedad civil y los organismos internacionales e intergubernamentales, ya que estos flujos tienen una gran repercusión en las relaciones sociales, culturales y políticas, no sólo entre los países de origen y receptores de la inmigración, sino también internas.

En el proceso actual de transnacionalización de la toma de decisiones políticas y de globalización política y económica, la regulación jurídica de la extranjería ha cobrado un especial interés para la Comunidad Internacional que se ve sobrepasada por el fenómeno de la inmigración.

Si los marcos de convivencia entre extraños sobre un mismo territorio han oscilado entre las posiciones de dominio y fraternización, lo característico en nuestra época es que estos marcos de convivencia ocurren en magnitudes amplísimas en lo territorial, y muy numerosas en aspectos de población.

Los flujos migratorios inciden, de manera importante en la aparición del fenómeno de la multiculturalidad, íntimamente vinculado a los derechos humanos, que en un espacio de globalización se relacionan directamente con el ideal universalista de los mismos.

Desde finales del Siglo XX asistimos a la transformación de las sociedades demo-liberales. Nuestras sociedades ya no son sociedades homogéneas y armónicas. La primera transformación de la sociedad implicó su evolución hacia formas culturales plurales en las que, junto a claras diferencias, existían puntos en común que permitían la cohesión social y la convivencia entre diferentes. Pero en la actualidad, también nuestras sociedades han dejado de ser sociedades plurales en las que conviven diferencias pero que admiten una armonía que habilitan para una convivencia pacífica. Hoy en día, las sociedades avanzadas se han transformado en sociedades en las que conviven diferentes posturas en lo cultural y en lo político, y entre las que no cabe desear aquellas que son contrarias a los viejos modelos y a sus principios, y en las cuales, la convivencia no es ajena al surgimiento de conflictos. Esta diversidad cultural no constituye un modelo normativo planificado de cómo debe de ser la sociedad, sino que constituye un hecho que se impone y que implica la coexistencia de grupos con códigos de conducta que se oponen radicalmente, y entre los que pueden surgir puntos de fricción.²

² MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.- "Ciudadanía e inmigración en las sociedades multiculturales" en *Ciudadanía e inmigración*, POMED SÁNCHEZ, I Y VELASCO CABALLERO, F (eds), Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública VI, Zaragoza 2003, págs. 21 y 22.

Los procesos migratorios ha sido un elemento dinamizador del pluralismo cultural, puesto que la llegada de nacionales de terceros países implica la convivencia en el Estado receptor de grupos y minorías marcados por su propia cultura.

Desde finales del siglo XX, la inmigración ha transformado la sociedad y ha supuesto un desafío a la propia definición identitaria que conlleva la presencia significativa de inmigrantes de otras razas, culturas y religiones. En este sentido, las distintas manifestaciones artísticas, entre ellas el cine, han ido respondiendo poco a poco a esa presencia del “otro”, contribuyendo decisivamente a construir el imaginario colectivo sobre la inmigración y los inmigrantes.

II. CUESTIONES EN TORNO A LOS FLUJOS MIGRATORIOS. CINE Y MIGRACIONES

Aunque el tema de la inmigración, pueda parecer un tema especialmente económico, no constituye la inmigración un tema exclusivamente económico, que sin duda lo es, puesto que la inmigración, tanto regularizada como no regularizada, determina la convivencia de distintas culturas.

Este trasfondo, y la diversa apertura de la comunidad en que se manifiesta la diversidad cultural, son fenómenos que, en mayor o menor medida, van a determinar un mayor o menor grado de pluralismo que desembocará en un mayor o menor nivel de racismo y xenofobia.

Y ello constituye, además, un aspecto no concluido puesto que la periferia seguirá teniendo muchos problemas económicos y sociales, y en muchos lugares estos problemas empeorarán debido al aumento constante de la población y, sobre todo, de la desigualdad, lo que derivará en el incremento de los flujos migratorios y el paralelo incremento de los problemas económicos y de convivencia y en la posible aparición de enfrentamientos y conflictos³.

Temas como la extranjería o la inmigración son objeto de preocupación en cualquier sociedad, pero pueden serlo de manera diferente sobre la base de determinados criterios. En primer lugar podemos partir de cual sea el modelo constituido de sociedad dependiendo de los factores sociales que la sustentan. La civilidad y madurez de las diferentes sociedades será medible en términos de capacidad de acogida ordinaria de cuantos buscan protección, y de gestión de la diversidad cultural, en función de acontecimientos difícilmente previsibles.

No podemos obviar que las migraciones, además de la profunda huella que dejan en las sociedades de origen, contribuyen a formar y transformar las

³ KERBO, H.R.- *Estratificación social y desigualdad*, Madrid, Mc Graw Hill, 1998, pág. 285.

sociedades de destino. Las personas inmigrantes contribuyen a la economía, e inciden en la sociedad del país de acogida, pero a su alrededor también se detectan problemas. La inmigración es una realidad en términos cualitativos y cuantitativos que altera la sociedad, pero ello no debe de producir miedo.

Junto al modelo de sociedad, también constituye un factor importante la actitud de los Estados ante la inmigración y su proceso evolutivo. Esta actitud no siempre ha sido la misma y ha oscilado entre una total falta de actuación y una preocupación por el número excesivo de inmigrantes.

El reconocimiento de derechos constituye uno de los pilares básicos de la inmigración y su integración, puesto que su ausencia hace a los inmigrantes más vulnerables en su interacción diaria con la sociedad e institucionalizan diferencias entre los inmigrantes y los demás ciudadanos. La normalización de la situación de los inmigrantes constituye, y debe ser observada como un bien público que nos beneficia a todos.

Por ello, es preciso el avance normativo que promueva la participación de las personas inmigrantes, separando el tratamiento de los distintos aspectos que se relacionan con la inmigración de la lucha partidista, y la coordinación, cohesión y armonización de las políticas de integración, coherentes con las políticas de control de flujos migratorios.

El proceso migratorio y las respuestas que se ofrezcan a este proceso, nos deben de ofrecer los datos suficientes sobre la necesidad de reconstruir la ciudadanía⁴ y la democracia misma, para aproximarnos a las exigencias de un pluralismo tomado en serio en una democracia que intente reducir la exclusión⁵.

El cine ha reflejado desde sus inicios los dramas humanos de la sociedad, entre ellos la necesidad de dejar su propia tierra para sobrevivir. Y este reflejo que ha realizado el cine, no solo ha mostrado las migraciones externas, sino también las internas.

No se puede entender el desarrollo del cine sin el papel de los emigrantes, que fueron quienes levantaron esta industria. Estados Unidos es un país constituido por emigrantes, como se ha podido ver en miles de películas. El cine, como documento cultural, ha servido para narrar gran parte de las epopeyas europeas, afroamericanas y asiáticas en menor medida. El nacimiento de la industria del cine está demasiado cerca de la conquista del Oeste, siendo inabarcable el número de películas americanas que muestran estos procesos migratorios internos.

⁴ Como indica Oliván, el concepto de extranjero es una creación del pensamiento liberal de la Revolución francesa. Con el concepto de extranjero se sustituye el concepto de súbdito por el de ciudadano. OLIVÁN, F.- *El extranjero y su sombra: crítica del nacionalismo desde el derecho de extranjería*, San Pablo, Madrid, 1998.

⁵ DE LUCAS, J.- Op. cit, pág. 131.

Basada en la novela de Steinbeck, John Ford muestra el proceso migratorio interno en los EEUU en *Las uvas de la ira* (John Ford, 1940) película en el que una familia campesina pierde durante la Gran Depresión su pequeña granja en Oklahoma y se ve obligada a buscar una nueva tierra de promisión en California. Durante su viaje deberán aceptar trabajos de jornadas agotadoras, sufrir el rechazo social y vivir en unas condiciones infrahumanas. Otros films de temática similar son *Georgia* (1981, de Arthur Penn), que narra la historia de inmigrantes de Indiana que se establecen en Chicago para trabajar en las grandes empresas acereras o *Avalon* (1990, de Barry Levinson).

El fenómeno migratorio ha sido reflejado por el cine, en términos generales, en todos los ámbitos geográficos. *Pelle, el conquistador*, (Bille August, 1987), cuenta la historia de un padre campesino y su pequeño hijo, que en el siglo XIX deben escapar de la pobreza en su Suecia natal e inmigrar hacia Dinamarca, donde sobrellevarán una durísima existencia. El film boliviano-argentino *Bolivia*, (Israel Adrián Caetano, 200) nos muestra la historia de un inmigrante boliviano en la Argentina. Una película muy interesante de los últimos años es *In this world*, (Winterbotton, 2003), que nos cuenta en tono de falso documental el viaje de dos jóvenes afganos que quieren llegar a Londres.

Aunque, no podemos obviar que ha sido la emigración a EEUU, por sus consideraciones político-sociales, por el volumen de inmigrantes, y, también, por la fuerza de la industria cinematográfica norteamericana, la que se ha mostrado en mayor número por el séptimo arte.

En clave de humor con todos los ingredientes de un duro viaje de emigrantes hacia América, Chaplin relata en *El emigrante* (Charlie Chaplin, 1917) las peripecias del proceso migratorio, reflejando, de alguna forma, sus experiencias como emigrante. El emigrante que mayor impacto ha causado en la historia de la cinematografía moderna fue Charles Chaplin, lo que ha determinado su fijación por la defensa de los más desfavorecidos a lo largo de toda su obra. Pese a su éxito no olvidó nunca sus orígenes miserables en el East End de Londres, que se filtrarán en el problema de la emigración a lo largo de toda su carrera cinematográfica, alcanzado su cenit en *La Quimera del Oro* y *El emigrante*.

No podemos obviar que, durante un período largo de tiempo, el sueño americano ha sido uno de los objetivos a conseguir por los emigrantes, y ello ha quedado perfectamente reflejado en el cine mediante la narración de historias de emigrantes provenientes de todas las partes del mundo. *América, América* (Elia Kazan, 1963), nos muestra la obsesión de Stavros, un joven griego, de llegar a los Estados Unidos de América lo que le lleva a iniciar y finalizar con éxito la aventura de la emigración. *Los emigrantes* (Jean Troell, 1971), relata las dificultades de los campesinos suecos por lograr en sueño americano. Más recientemente, el documental *Which way home*, (Rebecca Cammisa, 2010) candidato a los Oscar, también retrata las historias cotidianas de los inmigrantes que tratan de entrar a Estados Unidos, en este caso a través de la mirada de los niños que viajan completamente solos con el sueño de alcanzar una mejor vida.

Una parte fundamental de la Historia de los Estados Unidos está recogida en su cine, forjado por mujeres y hombres de las más variadas procedencias. El tema del emigrante ha sido tratado de manera reiterada desde *Un sueño americano* (1944 de King Vidor), aunque actualmente, la visión es poco o nada trascendente, abundando el folklorismo y los tópicos que contribuyen a no crear una visión demasiado coherente de los colectivos que llegan a Norteamérica. Debemos hablar de una visión estereotipada de la figura del emigrante en la cinematografía norteamericana, determinada hacia colectivos excluidos socialmente y participantes en actividades ilícitas. Así los italoamericanos estarían ligados al mundo de la mafia, los hispanos al tráfico de drogas, los afroamericanos a los sectores más desfavorecidos y violentos de la sociedad y los nuevos emigrantes de Europa del Este a todos los negocios ilegales posibles. Algo mejor aparecen los orientales, fundamentalmente porque se han mantenido al margen y la asunción de su identidad milenaria no ha dejado que sus problemas como colectivo se vislumbren tan claramente como los de los anteriores⁶.

La experiencia migratoria a EEUU ha puesto de manifiesto, además, los graves problemas que rodean la inmigración: la inmigración irregular; la explotación del trabajador inmigrante; la política migratoria americana, o las mafias de inmigrantes, y, por supuesto la xenofobia y el racismo.

En *Pan y rosas* (*Bread and Roses*, 2000, de Ken Loach), las protagonistas son dos hermanas mexicanas, limpiadoras en un edificio de oficinas de Los Ángeles, que emprenden una campaña de lucha contra sus empleadores.

También la situación de irregularidad de los inmigrantes ha adquirido un especial interés para el cine. *Alambrista*, de Robert M. Young (1977), muestra la dramática situación de los trabajadores mexicanos indocumentados. Tema que también es abordado en 1982 en *La frontera* (Tony Richardson). *Trabajo clandestino* (Jerzy Skolimowski, 1982) nos muestra el aislamiento y reclusión de un trabajador de origen polaco que vive escondido junto con sus compañeros en la casa en la que trabaja.

Border War (The Battle over illegal immigration –Guerra en la frontera: la batalla contra la inmigración ilegal–) es el nombre del documental, producido por la asociación conservadora norteamericana Citizens United, de 92 minutos de duración, en el que se califica de “delincuentes” a inmigrantes indocumentados que cruzan la frontera Mexicana hacia Estados Unidos.

Más recientemente, *La frontera infinita*, del mexicano Juan Manuel Sepúlveda, ahonda en la experiencia de miles de centroamericanos que cada año intentan llegar a Estados Unidos, mientras los norteamericanos debaten la po-

⁶ Fernando Roncero Moreno y Juan Agustín Mancebo Roca, Inmigración, emigración y cine, <http://www.uclm.es/profesoradO/juanmancebo/descarga/publicaciones/Imnigraci%C3%B3n,%20emigraci%C3%B3n%20y%20cine%20bueno.pdf>

lémica ley impulsada en el estado de Arizona que criminaliza la presencia de inmigrantes indocumentados.

La inmigración irregular ha venido de la mano de la explotación del inmigrante y de la existencia de mafias migratorias.

El tema de las mafias en la inmigración se muestra perfectamente en el film británico *Ghosts*, dirigida por Nick Broomfield en 2006. Es una película basada en hechos reales. Es la brutal realidad de un mundo secreto que nos rodea. Ai Qin, una joven de la provincia de Fujian, China, pide prestados 25.000 dólares para pagar a la banda de los Snakehead, quienes la llevarán ilegalmente al Reino Unido y así poder enviar dinero a su familia para mantener a su hijo. Una vez ha llegado al Reino Unido se convierte en una más de los tres millones de inmigrantes ilegales que conforman la espina dorsal de la cadena alimenticia, la construcción o la industria hostelera. Ai Qin termina viviendo en una casa suburbial de dos habitaciones con otros quince compatriotas. Con un permiso ilegal trabaja en una fábrica preparando comida para supermercados ingleses. En su búsqueda de trabajos mejor pagados para devolver la deuda, terminan mariscando por la noche en la Bahía de Morecambe. El 5 de febrero del 2004 veintitrés de ellos se ahogaron en Morecambe. Sus familias en China aún están pagando sus deudas. Ai Qin y otros personajes principales son protagonizados por personas que han sido inmigrantes ilegales y se han sumergido en sus pasadas experiencias para dar unas actuaciones apasionadas y auténticas.

La explotación del inmigrante por las mafias migratorias también se ve reflejada en *La mosca en la ceniza*, de Gabriela David, que se adentra en la vida de dos jóvenes amigas de un pueblo que llegan a Buenos Aires sin imaginar que serán obligadas a prostituirse por una red de trata de personas. *Abril*, de Nanni Moretti (1998), recoge imágenes de la manifestación de 1994 contra el racismo y de la llegada, al puerto de Brindisi, en la primavera de 1997, de un carguero lleno de albaneses.

2.1. Cine y diversidad cultural. Gestión de la diversidad: multiculturalidad e interculturalidad

El fenómeno de la inmigración ha dado lugar a que los Estados receptores hayan visto modificado el paisaje de la vida cotidiana, en la que conviven minorías muy significativas numéricamente, que han dado lugar a una amplia diversidad cultural.

Como ha indicado VÁZQUEZ GONZÁLEZ⁷, la globalización, en lugar de favorecer la convergencia de una cultura global, caracterizada por una ho-

⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.- *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial relevancia a la mutilación genital femenina)*, Dikynson, Madrid, 2010, pág. 34.

mogeneización y un acercamiento cultural en el que se unificaran modos de vida, símbolos culturales y conductas, ha otorgado una relevancia importante a las identidades étnicas y culturales, tanto en la configuración de los nuevos espacios nacionales, como en la emergencia de universos identitarios como referentes de articulación de la convivencia colectiva.

El desarrollo alcanzado por los procesos migratorios, ha dado lugar a la diversidad cultural.

Los diferentes modos de gestión de la diversidad, se han situado, en la práctica, entre dos modelos radicalmente opuestos: el monoculturalismo y el multiculturalismo.

Llevadas a su visión más extrema, ambos modelos se basarían en dos prejuicios opuestos: que todo hombre es igual a otro, y que todo hombre es diferente a otro⁸

Desde una primera actuación, caracterizada por la segregación o la guetización, definida por la exclusión y separación física y legal de los diversos grupos, el modelo monoculturalista, evolucionó hacia el modelo de la asimilación.

En el ámbito migratorio, la asimilación pretendió que los grupos de inmigrantes debían, paulatinamente, identificarse con los habitantes del país receptor no sólo en el ámbito legal, sino en el cultural, de manera que había que aceptar sus costumbres, su lengua y sus tradiciones, perdiendo la propia identidad. En el trasfondo de estas actitudes se observaba la idea de la superioridad de los patrones culturales de la mayoría dominante, y esta superioridad habilitaba a su imposición sobre posiciones culturales diferentes. Esta política migratoria, que fue la adoptada en Francia, se observa magníficamente en la película *Cheb*, (Rachid Bouchared, 1990) sobre un joven argelino que vive en Francia desde su primer año y con 19 se hace expulsar y vuelve a Argelia, donde es forzosamente enrolado, en un universo que le resulta hostil, sintiéndose inmigrante en todas partes.

Una segunda visión de las posiciones monoculturales, ha sido la mal llamada “integración” que, al igual que la asimilación, pretendía la eliminación, o sometimiento, de la diferencia, pero basada en el reconocimiento generalizado a todos los individuos, de los mismos derechos civiles y políticos, aunque sin reconocer los derechos culturales de los individuos y su diversidad, hecho que diferencia aquella integración de los procesos de integración que vivimos en la actualidad.

Esta “integración” que se observa en los primeros momentos, y que busca la homogeneidad en el ámbito universalista de los derechos civiles, supuso un avance respecto a la asimilación, pero huía de la reafirmación de la diferencia identitaria.

⁸ Vid. BOBBIO, N.- “Iguales y diferentes” en BOBBIO, N, *Elogio de la templanza*, Temas de hoy, Madrid, 1997.

Hoy en día, la integración hay que entenderla como el proceso dirigido a conseguir la gradual incorporación y participación de los inmigrantes en la vida económica, social, política y cultural de un Estado, en un clima de respeto y participación recíproca.

Como reactivo a estas políticas migratorias, surge la multiculturalidad, concepto en torno al cual no existe unanimidad.

El pluralismo cultural tiene sus raíces en las “sociedades plurales” para referir a sociedades donde coexistían colonizadores, colonizados e intermedios en continua tensión. Como formulación de modelo o ideología, el pluralismo cultural surgió en EU y Europa a partir de los fracasos de los modelos asimilacionistas y del “melting pot”, de la conciencia de lo que se puede llamar persistencia étnica, y de la formación de nuevas comunidades étnicamente diferenciadas. Sus principales fundamentos fueron la aceptación de la diferencia cultural y su valoración positiva; y el reconocimiento general de la igualdad de derechos y deberes.

Con algunas coincidencias, como el respeto a todas las culturas y el derecho a la diferencia, el multiculturalismo puso énfasis en la organización de la sociedad con el fin de que exista igualdad de oportunidades y posibilidades de participación en la vida pública y social para toda persona independientemente de su identidad cultural, etnoracial, religiosa o lingüística. El multiculturalismo se refiere a una situación de hecho (convivencia en un mismo espacio de personas con culturas variadas) y es también una propuesta de organización social (proyecto político de respeto a las identidades culturales). Sin embargo, como propuesta ha recibido numerosas críticas. Políticamente se le ha cuestionado en lo referente a una posible ruptura de la unidad nacional, así como de la creación de privilegios costosos hacia foráneos. Posiciones racistas y xenófobas también argumentan el derecho de los nacionales autóctonos a continuar siendo “ellos mismos”.

El concepto de interculturalidad surgió a partir de las carencias de los anteriores conceptos, ya que pretendió reflejar una dinámica social más allá de la situación de estática cultural. Es un término más reciente y aún está en construcción. Tiene un carácter interdisciplinario al emerger del campo de la educación, la comunicación y la mediación entre culturas. La interculturalidad se refiere a una interacción entre agentes de culturas distintas en un tiempo y espacio determinado. Sería el “proceso de convivencia de dos o más culturas en una sociedad pluricultural, gracias a la cual es posible enriquecerse mutuamente a través de la apropiación de rasgos socio-culturales”. Entonces, el desarrollo de una conciencia crítica y reflexiva acerca de la diferencia se convierte en uno de los grandes retos a enfrentar.

Dicha interacción implica una reflexión que permita superar las oposiciones dicotómicas (occidente versus no-occidente, modernidad versus tradicionalismo) que nos llevan a encapsular a las culturas a través de los estereotipos y estigmas creados a su alrededor. Entonces, el conocimiento del “otro” adquiere sentido e implica un proceso de aprendizaje que puede durar

toda la vida. Desde una visión crítica que no sea manipulada o sesgada por la propia cultura se puede realizar un análisis de los aspectos positivos y negativos de las culturas de las personas que intervienen en la interacción. En este sentido, también hay cabida para la apropiación de rasgos culturales y sociales como medio de enriquecimiento cultural. Esto implica abandonar las perspectivas puristas que conciben la apropiación de forma pasiva y automática. La interacción de personas de diferentes culturas, que conviven en un mismo territorio y comparten una realidad similar, provoca rasgos compartidos y la continúa adopción y adaptación de éstos. Esto indica que la cultura no es algo estático y que sus portadores la transforman y adecuan constantemente.

Los encuentros e intercambios entre personas de diferentes culturas no implican necesariamente choques, conflictos o competiciones. El objetivo no puede ser la asimilación de lo extraño por medio del entendimiento y su aniquilación por medio del traslado a lo conocido”, sino que hay que propiciar una apreciación positiva y respetuosa de la diferencia. Para alcanzar este objetivo se requiere, de inicio, propiciar una actitud de aprendizaje y conocimiento del “otro”.

En esta línea, es igualmente peligroso caer en la polarización de la situación y suponer que todo lo diferente y extraño es positivo o representa un enriquecimiento cultural. De forma similar, entre los peligros de una visión purista de lo intercultural están el enaltecimiento de la elasticidad de las identidades o por el contrario, su esencialización. En el intento de evitar la uniformización se ha recurrido a una multiplicación desmesurada de las identidades en diferentes momentos y espacios, esto puede volverlas escurridizas e instrumentales. En el otro extremo, ante un contexto de mayor contacto entre diferentes culturas se recurre a la esencialización de las identidades y se vuelven entes estáticos. Estos aspectos pueden igualmente llevarnos a actitudes hostiles y xenófobas.

A pesar de que este término introduce una perspectiva dinámica de las culturas su denominación puede llevar a olvidar las dimensiones socioeconómicas y jurídicas, así como las desigualdades y jerarquías etnoraciales en que se da la interacción. Es necesaria la creación de condiciones materiales y sociales que permitan mantener la identidad cultural propia en espacios de convivencia multicultural, ya que esta desigualdad está entre las causas del por qué las personas niegan u ocultan sus identidades culturales.

No es esta, sin embargo la definición de multiculturalidad que defendemos. Como indica VELASCO⁹, el modelo multiculturalista parte de la valoración positiva del pluralismo y de que se debe permitir la diferente conservación más amplia posible de aquello que lo hace distinto: la propia

⁹ VELASCO, J.C.- “El multiculturalismo, ¿Una nueva ideología?, en ALCINA, J y CALÉS, M^a (eds), *Hacia una ideología para el Siglo XXI*, Aikal, Madrid, 2000, págs. 152 y 153

cultura, sin que ello implique la fragmentación cultural sin interacción. La multiculturalidad implica una doble negación: por un lado, la negación del universalismo abstracto y uniformador, según el cual el imaginario colectivo de todos los hombres sería idéntico y, por otro lado, la negación del particularismo, estéril por reduccionista, que pretende plantar a cada uno en el gueto de sus raíces.

La interculturalidad es un término muy reciente y todavía está en construcción. Efectivamente hace referencia a la dinámica social más allá de la situación de estática cultural, y tiene un amplio carácter interdisciplinar al emerger en el campo de la educación, la comunicación y la mediación entre culturas, pero, en pureza, no se ha desarrollado en su plenitud. Tiene un significado muy amplio que implicaría una renegociación continuada de los roles, espacios, a través de un discernimiento de los valores que unen, vinculan y orientan los procesos de síntesis, que implica una cadena perceptiva: las percepciones que yo tengo del otro, las que el otro tiene de mí y de cómo yo lo percibo¹⁰. Hablar de esta manera tan categórica de interculturalidad, implicará el riesgo de avanzar en la multiculturalidad sin haber alcanzado el respeto y la relación entre distintas culturas, que es lo que implica la multiculturalidad.

La multiculturalidad, es un hecho que connota diversidad cultural, la aceptación de la misma y el compromiso por dinamizar las relaciones culturales. La multiculturalidad –interculturalidad cuando se convierte en dinámica si queremos llamarla así– enriquece las relaciones y la democracia, ya que su perspectiva dinámica e interactiva se desarrolla en el ámbito de la mutua influencia, del sincretismo cultural, del deseo de un desarrollo global, enmarcado en los contextos de una sociedad cognitiva y global, y amparado por la revolución tecnológica.

La multiculturalidad promueve el pluralismo cultural y la no discriminación por razones de raza o cultura, el derecho al reconocimiento de la diferencia cultural y a su implicación en la organización social de la comunidad o grupo humano en el que se vive.

Esta nueva realidad social y cultural ha tenido, también, su reflejo en el cine. *My family*, de Gregory Nava (1995) aborda magníficamente el tema de la multiculturalidad a través de tres generaciones de una misma familia de inmigrantes mexicanos, que ven crecer la ciudad de Los Ángeles a su alrededor, mientras tratan de integrarse en la sociedad americana y conseguir sus sueños de prosperidad. En *La nueva tierra* (1972, de Jan Tröel), se observan los cambios culturales en una familia sueca emigrante en América. A finales del siglo XIX, una familia sueca emigra a Minesota. Van en busca de una vida mejor y más libertad y aunque no pretenden convertirse en americanos, la cultura de su nuevo país va influenciando cada vez más sus vidas.

¹⁰ Vid. MANZINI, V.- *Multiculturalidad, interculturalidad, conceptos y estrategias*, Universidad de Bolonia, Bolonia, 2001.

En *Oriente es Oriente*, de Daniel O'Donnell (1999), se relatan las dificultades de la segunda generación de una familia de pakistaníes en el Reino Unido, que sólo aspira a integrarse en la sociedad en la que viven y olvidar la rígida concepción familiar de su padre. *Quiero ser como Beckham* (Gurinder Chadha, Gran Bretaña, 2002), a través de la comedia, pone de relieve problemas asociados a la inmigración en un Londres multiétnico, entre ellos el de la diversidad cultural y su gestión.

Llama la atención como estas dos últimas películas se desarrollan en Gran Bretaña, donde existe una amplia diversidad cultural, cuya gestión ha sido ampliamente desarrollada mediante políticas de integración adecuadas. Sin embargo, el cine ha reflejado los problemas de integración cultural en casi todas las zonas del mundo. Y ello lo podemos ver en películas como *Side Streets* (Tony Gerber, 1998), que refleja la vida en la periferia urbana multicultural, donde la vida se sitúa en el fondo de los rascacielos de Manhattan, como enclave étnico no monopolizado por un grupo particular. Otro buen ejemplo del género es *La otra América* (Goran Paskaljevic, coproducción de Francia / Reino Unido / Alemania / Grecia 1995) que también se sitúa en los enclaves de la multiétnica Nueva York. En *Rabia* (Karim Dridi, 2003), se muestra la historia de amor, ambientada en el barrio chino de París, donde un español se enamora de una niña china. *Un dólar Curry* (Vijay Singh, 2004) se centra en un protagonista Sikh que interactúa con un jamaicano y con un ruso, que protege prostitutas de la calle. Podemos encontrar películas ambientadas en ciudades como Viena, *Nordrand* (Albert Barbara 1999); Altona en Alemania: *Und Schmerzlos Kurz* (Akin Fatih 1998); en Oslo, del noruego Erik Poppe (1998) que narra la relación entre los inmigrantes de Yugoslavia y Pakistán y el tráfico de drogas en Oslo, o la visión multicultural de Copenhague, en las películas *Empujador* (1996) y *Empujador de dos* (2004), del danés Nicolas Winding Refn. *Apo estano polis tis akri* (Constantino Giannaris, Grecia, 1998) muestra el gueto multicultural de Atenas. *Roto Inglés* (Nueva Zelanda, Gregorio Nicolás 1996) narra la historia de una joven inmigrante croata que se enamora de un hombre nativo maorí, mientras que secretamente se casa con un hombre chino ilegal para ayudarlo a emigrar. En *Ciudad de las almas perdidas* (Takashi Miike, Japón, 2000) se muestran las relaciones entre japoneses, brasileños, rusos y chinos, se desarrolla en barrios dominados por grupos étnicos mixtos.

III. LAS MIGRACIONES EN EL CINE ESPAÑOL

En el caso de España, donde las condiciones políticas y socioeconómicas de los años 40 a 60, fueron especialmente difíciles, los procesos migratorios internos y externos, han quedado magníficamente reflejados por el cine.

Antes de los años 40 del siglo XX, las migraciones rurales fueron reflejadas con películas tan profundas y cargadas de dramatismo como las dos versiones que Florián Rey hizo de *La aldea maldita*, una en 1930, muda y otra sonora en 1942

Ya en el franquismo, el cine español ha seguido reflejando la migración rural y sus dramas. Dos películas merecen una especial atención: *Surcos* (1951), que nos da a conocer los problemas de la emigración rural hacia la ciudad en la España de Franco, y *La piel quemada* (1967) de José María Forn, que lleva el problema de los emigrantes rurales en una patética plasmación del subdesarrollo económico y cultural español de la época.

Actualmente España es tierra de acogida; sin embargo, hasta la década de los noventa ha sido un país de emigración. A lo largo de la historia se han ido sucediendo y, en ocasiones, superponiendo distintos movimientos migratorios que respondían a causas sociodemográficas, económicas y/o ideológicas¹¹.

La emigración española ha constituido un fenómeno constante, que se acentuó desde la segunda mitad del siglo XIX hasta más allá de mediados del siglo XX.

Las grandes transformaciones demográficas, económicas y sociales que tuvieron lugar en el continente europeo entre 1840 y 1930 afectaron a millones de personas. Hombres y mujeres de todos los rincones de Europa protagonizaron un gran movimiento migratorio hacia el otro lado del Atlántico. La emigración española hacia América Central y del Sur formó parte de esta epopeya europea, y alrededor de 3 millones y medio dejaron el país con destino a América, en lo que vino a denominarse la “emigración en masa”.

Este proceso migratorio se produce principalmente, por causas económicas, ya que a comienzos del siglo XX, España era un país de economía agraria escasamente modernizada, incapaz de generar trabajo y alimentos que mantuviesen los ya bajos niveles de vida de las generaciones anteriores. La evasión del servicio militar fue otro motivo para emigrar. Además, la información sobre las oportunidades económicas que existían en la otra orilla del Atlántico, era transmitida por familiares y amigos. El “efecto llamada”, generó cadenas migratorias que tuvieron mucha importancia en las zonas de mayor flujo emigratorio. También fue relevante la acción de los agentes reclutadores al servicio de las políticas migratorias de los países latinoamericanos.

La emigración española hacia el Continente Americano también ha tenido su reflejo en el cine español. Interesantes son *Frontera sur*, 1998, en la que Gerardo Herrero hizo un drama de emigración en Argentina, o *Sus ojos se cerraron* de Jaime Chávarri, (1997), que narra la historia de una modista madrileña que llega a Buenos Aires en los años 30.

La Guerra Civil española y la dictadura, son las causas del primer gran éxodo migratorio de españoles en el Siglo XX. A partir de 1939 comienza a producirse un éxodo de refugiados políticos. El exilio ocasionado por la Gue-

¹¹ Un importante estudio sobre la migración española puede verse en GARCÍA LÓPEZ, J.R.- *Las remesas de los emigrantes españoles en América: siglos XIX y XX*. Júcar, 1992, y en MÉNDEZ VENEGAS, E.- *Emigrantes a América (s. XVI-XVIII)*. Mérida, Regional de Extremadura. 1995

rra Civil española y por la dictadura significó, sin duda, una pérdida para el desarrollo económico, cultural y social de España que, como contrapartida, determinó que los países que acogieron a los refugiados españoles pudieran beneficiarse con la formación académica, científica y profesional de los exiliados.

Tras el dramático éxodo político de la España republicana, la emigración económica de los españoles hacia Europa se inicia en la década de 1950¹², y se trata de una emigración de carácter económico, motivada por las duras circunstancias de la posguerra que se viven en España, y atraída por las buenas perspectivas de trabajo y el mayor nivel de vida derivado del crecimiento económico existente en esos países.

Los factores que determinan este desplazamiento masivo de trabajadores al exterior en pleno régimen franquista son, por una parte, el notable incremento demográfico de España que provoca un excedente de mano de obra que las estructuras económicas, basadas en una economía rural y de escasa industrialización, no pueden absorber y, por otra, la expansión industrial y el crecimiento económico de los países europeos, pero también, el gran éxodo español coincidió con la necesidad de mano de obra en Europa, que se recuperaba de los estragos producidos por la Segunda Guerra Mundial, reconstruyendo ciudades.

Los gobernantes de la época fomentaban la emigración, pues aliviaba la escasez de trabajo y permitía ingresos en divisas para las arcas del Estado. Y es que no podemos olvidar que la emigración de la década de los años sesenta, así como la de las décadas anteriores, tuvo efectos beneficiosos, tanto para el trabajador, que tenía la posibilidad de obtener un empleo mejor remunerado y de mejorar su cualificación profesional y sus condiciones de vida, como también para el crecimiento económico de España, ya que la entrada de divisas enviadas por los emigrantes permitió sufragar parte del déficit comercial y equilibrar la balanza de pagos, facilitando las importaciones de bienes de equipo destinados a la modernización de las empresas. Esta situación contribuyó en gran medida a la expansión industrial de España en los años sesenta y setenta.

La otra cara del proceso migratorio ponía de manifiesto, junto a estos efectos beneficiosos, que la realidad de la emigración y del exilio, también implica la existencia de consecuencias negativas para los trabajadores emigrantes, los exiliados y sus familias derivadas del desarraigo social y cultural

¹² Durante esa década el principal destino migratorio español siguieron siendo los países americanos. Pero no son los únicos: otra importante masa de trabajadores no cualificados inicia un éxodo económico hacia Europa: Francia, Alemania, Suiza, Bélgica, Países Bajos, Inglaterra... También hacia América, con cifras muy importantes: en 1950, 55.314 españoles embarcan para países del área hispana: Argentina, Uruguay, Venezuela..., y en 1955 salen para ultramar 62.237 españoles.

de España, y, sobre todo, de las dificultades de inserción social y laboral en el país de acogida y de los problemas que habían de abordar en su proyecto de retornar a España, aspectos estos últimos, que los poderes públicos españoles, en un primer momento obviaron, y sólo muy tardíamente contemplaron de una manera muy tímida.

No existían derechos y libertades en aquella España, pero, además de poder hablar de españoles de primera y de segunda, por su condición política, también existía una ciudadanía española muy dispar por razón del país en que se vivía.

En el franquismo los españoles salían de España y películas como *Españolas en París* (1970) de Roberto Bodegas o *Vente a Alemania, Pepe* (Mariano Ozores, 1971), reflejan, en clave de humor las vicisitudes socioeconómicas, y la situación de irregularidad en la que salían los españoles, que era más frecuente que la que mostraban las autoridades de la época, y los problemas de integración cultural. Aunque abordando este mismo tema, la película contemporánea más interesante es *Un franco, 14 pesetas*, (2006) de Carlos Iglesias, que narra una historia de españoles emigrantes a Europa hacia 1960, basada en vivencias del propio director en la que desmitifica muchas de las aseveraciones sobre la emigración de españoles que actualmente se tienen, así como del retorno a su país de estos emigrantes. Las dificultades de adaptación, la entrada sin papeles, los problemas, la necesidad de sobrevivir, a veces delinquiendo, etc. También en 2006, Marta Rivas y Ana Pérez han retratado en el documental *El tren de la memoria*, el éxodo de dos millones de españoles que buscaron la prosperidad en Europa en los años sesenta. Se fueron para unos meses, se quedaron treinta años. El documental pretende cubrir una laguna en la reciente historia de España y saldar una deuda con los protagonistas de unos tiempos difíciles de los que apenas sabemos algo más que una escueta historia oficial y unos cuantos tópicos. La mitad son clandestinos y viajan sin contratos de trabajo. El ochenta por ciento son analfabetos. Ante ellos se levanta el muro del idioma y las costumbres diferentes.

La integración europea y la disolución de las barreras económicas han aumentado tanto el intercambio cultural como el comercial. El movimiento de bienes y servicios lleva también consigo el flujo de personas, sobre todo de trabajadores migrantes, y en particular su movimiento desde las zonas más pobres (Europa del Este, América Latina y el Caribe, el Magreb, el África subsahariana) hacia el norte y el oeste, a las naciones consideradas generadoras de riqueza. La Unión Europea registra una inmigración anual legal de unos 1.2 millones de personas, y se calcula que llegan otros 500,000 ilegales anualmente. En España, uno de los países en el fulcro del cambio, el Instituto Nacional de Estadística calcula en 4.69 millones el número de residentes extranjeros, de los cuales aproximadamente 1.69 son indocumentados. De aquellos, muchos son expatriados del norte de Europa, jubilados y de situación económica acomodada; pero una gran parte del resto procede de regiones muy pobres.

El cambio de la situación económico-social en España trajo consigo una nueva realidad y llegaron los emigrantes.

Y es que, España ha pasado a ser un país de inmigración. Con el incremento de los flujos migratorios que se ha registrado en los últimos diez años, España se ha situado en los niveles de la UE en la proporción de extranjeros que reside en nuestro país, de manera que las oportunidades y desafíos que plantea la inmigración son similares a los que afrontan otros países europeos, y, además, la conversión de España en un país de inmigración es un proceso continuado en el tiempo que se mantendrá, seguramente durante varias generaciones. Ello exige una política adecuada y duradera en materia de inmigración, que debería estar presidida por el consenso, el diálogo y la formulación, así como por la cooperación entre las distintas Administraciones Públicas interesadas en el tema.

Las migraciones están configurando en España una realidad social más compleja, más rica, más heterogénea, caracterizada por la diversidad cultural, y la inmigración se configura como un fenómeno positivo, beneficioso y deseable para España, y para el conjunto de la UE, no solo desde el punto de vista laboral, demográfico o económico, sino también social, cultural, religioso y político.

La inmigración es una realidad que está en constante cambio. Por ello, el legislador está obligado a adaptar su normativa reguladora, si quiere que la misma proporcione soluciones efectivas a los nuevos retos que se plantean.

Además, el fenómeno migratorio ha adquirido tal dimensión en España y tiene tales repercusiones en el orden económico, social y cultural que exige que por parte de los poderes públicos se desarrolle una actuación decidida en diversos frentes, incluido el normativo. Por lo tanto, los poderes públicos deben ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal manera que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo.

Estos cambios en población y en pautas demográficas van acompañados de un aumento correspondiente de conflictos étnicos y tensiones raciales, y una auto-indagación sobre lo que significa exactamente ser “español”. España, situada en la confluencia de varias rutas inmigratorias a Europa, ha visto, además de las tensiones ya existentes entre sus etnias indígenas (gitana, vasca, catalana), un incremento paralelo en problemas sociales y confrontaciones entre ciudadanos autóctonos e inmigrantes extranjeros.

El cine comenzó a relatar la forma de vida de los recién llegados, sus problemas, sus dificultades de integración, las trabas administrativas y personales, y los problemas de oposición, racismo o xenofobia, también han tenido su reflejo en el cine español. *Las cartas de Alou*, de Montxo Armendáriz (1990), narra el periplo de un joven senegalés por la península en precarias condiciones laborales. La película trata, en esencia, el movimiento, el desarraigo, y el continuo desplazamiento del exilio cuya vida está dictaminada por el mercado laboral informal, la discriminación racial y la separación de la

familia . Los inmigrantes subsaharianos y los magrebíes, con quienes traban amistad en miseria compartida, camaradería y oraciones musulmanas, habitan un submundo de pisos desmantelados, “sweatshops”, edificios abandonados y túneles oscuros.

Una interesante reflexión sobre la xenofobia y el racismo encarnados en una familia española, sus miedos y sus frustraciones hacia un emigrante subsahariano que acaba de llegar en patera, podemos ver *Bwana*, de 1995, de Imanol Uribe. *Bwana*, repite varios de estos temas pero los problematiza mediante un estudio de carácter más complejo que el estilo seudodocumental de Armendáriz. Por las reacciones y comentarios de la familia hacia el recién llegado, quien siempre está ajeno a sus conversaciones por la barrera de la lengua, podemos entrar en los verdaderos temas de la película. Al desarrollarse la acción, vemos cómo los valores racistas están arraigados en las prácticas y la formación cultural de un sector grande de la población española.

En las dos películas está claro que la irrupción de la figura marginal del africano en la psique provincial de las costumbres e identidades españolas reubica nuestro pensamiento actual sobre lo que significa ser español. Los eventos y experiencias de la película desbaratan el ámbito cómodo y homogéneo en que vivían los personajes. Éstos se sienten cómodos ahuyentando lo ajeno, manteniendo una actitud hermética frente al otro. Como una subclase explotada y subordinada, los inmigrantes ilegales se han visto discriminados por los prejuicios muy arraigados de las poblaciones locales en cuya esfera de repente han entrado. Los protagonistas de las dos películas, Alou y Ombasi respectivamente, llegan clandestinamente a la costa de Almería en las peligrosas pateras que cruzan el Mediterráneo. Son sólo dos ejemplos entre los innumerables indocumentados que arriban para alimentar la economía informal española como trabajadores mal pagados, temporeros y desprotegidos. Las dos películas articulan la experiencia transnacional de los inmigrantes y exiliados económicos, pero lo hacen con dos estilos muy distintos.

También *Saïd*, de Llorenç Soler (1998), cuenta la historia de Saïd y las duras condiciones de vida que tienen los inmigrantes magrebíes en nuestro país.

En un primer momento, la representación que el cine nos muestra, no coincide con la realidad sociológica de la inmigración. La representación artística del inmigrante en España está “africanizada”, es decir, hay una mayoría de textos literarios, teatrales y artísticos que se centran en el origen del inmigrante subsahariano, mientras que en la realidad, ese inmigrante no llega al 5 por ciento de la población inmigrante que recibimos. Hay muchas razones para entender esta africanización de la inmigración, como la mayor diferencia racial, la situación de pobreza o el discurso del paso del Estrecho, que es un tema muy tratado porque reúne una serie de componentes artísticos significativos, como su vinculación con los relatos de viajes, el cruce hacia un futuro Edén, la muerte, la tragedia, la fuerza de la naturaleza.

El cine español ha tenido, tradicionalmente, una mirada prejuiciada respecto a Marruecos y sus gentes. Sin embargo, en el último decenio, se va produciendo un cambio sustancial parejo a una nueva realidad construida sobre las duras condiciones de la inmigración. El estereotipo del moro, sensual y violento, va siendo sustituido por un caleidoscopio de personajes y situaciones que distorsionan la figura estereotipada del marroquí dándole unos perfiles plurales y, en general, positivos. El repaso a la filmografía española más reciente permite ilustrar esta transformación dejando constancia, a la vez, que más allá de la mirada sobre ellos, las películas seleccionadas nos invitan a un saludable ejercicio de crítica sobre nosotros mismos.

Debe agradecerse a directores como Montxo Armendariz (*Las cartas de Alou*, 1990), Antonio Chavarrías (*Susanna*, 1996) Llorenç Soler (*Saïd*, 1998), José Luis Guerín (*En construcción*, 2000) o Chus Gutiérrez (*Poniente*, 2002) el descentramiento del punto de vista dominante y la ruptura de los estereotipos tradicionales en unos filmes que, con mayor o menor fortuna, suponen tanto una llamada de atención sobre la condición de inmigrante como una reflexión sobre la propia sociedad española, que para nada sale bien parada en el envite.

El estudio de la figura de la inmigración en España en las últimas décadas es interesante, entre otras razones, porque es una forma de acercarse a la propia identidad española, en cuanto que representa la imagen del “otro” contemporáneo. Y es que pocos fenómenos tienen tanta repercusión en la construcción de la identidad cultural de una sociedad como los movimientos migratorios. Ello ha determinado que el cine español abra su elenco de películas a la narración de otros procesos migratorios hacia España.

Paralelamente al aumento de inmigrantes en España, el cine ha venido alejándose de una representación exclusiva de la inmigración subsahariana, y ha prestado atención a los flujos migratorios procedentes de otros Estados.

La emigración de los países del Este se narra magníficamente en *El sudor de los ruiseñores*, de Juan Manuel Cotelo, 1998, sobre un violonchelista rumano que llega a Madrid, y trata de ganar el dinero suficiente para poder traer a su esposa y a su hija.

La realidad de los emigrantes cubanos, se refleja perfectamente en *Cosas que dejé en la Habana* (1999) de Manuel Gutiérrez Aragón. En esta película, la mujer tiene ya una importancia sustancial, ya que narra la historia de tres jóvenes cubanas que buscan trabajo en Madrid donde viven con una tía. Es una interesante película a pesar de que los estereotipos se suceden en ella, tanto en lo que se refiere a las cubanas recién llegadas, que procurar una típica integración en el medio, la tía, que ha hecho simbiosis con el entorno, como los diferentes personajes españoles, que responden a etiquetas previstas.

En 1999, Iciar Bollain realizó *Flores de otro mundo*, película que nos muestra una caravana de mujeres —extranjeras y españolas— que llega a un pueblo con el fin de establecer relaciones con los solteros de la población. Es,

posiblemente, la película en la que el problema de la mujer inmigrante, se ve con mayor realismo, sobre todo en lo que se refiere al poder masculino en las relaciones –incluida la violencia corporal– y a las dificultades de ser aceptadas sus diferencias por la cultura tradicional.

Una interesante película es *Princesas* (2005), en la que Fernando León de Aranoa, director y guionista narra de forma espléndida la amistad de dos prostitutas de calle, una emigrante y otra española, luchando juntas en una sociedad que les da la espalda. En el año 2005 el cine español ha tratado el problema de la mujer emigrante y su relación cultural, laboral y social desde diversos puntos de vista.

Una obra muy importante es la película *14 kilómetros* (2007) Espiga de Oro en la semana de Cine de Valladolid, de Gerardo Olivares, cuyo nombre surge de la distancia que separa África de Europa, pero que también es la barrera que aleja los sueños de millones de africanos que piensan en Europa. En África hay millones de personas cuyo único objetivo es entrar en Europa porque el hambre no entiende de fronteras ni de barreras. Catorce kilómetros es la distancia que separa África de Europa, pero también es la barrera que aleja los sueños de millones de africanos que piensan en España, Francia u otro país occidental como la única alternativa para huir del hambre y de la miseria. De la mano de tres jóvenes africanos –Violeta, Buba y Mukela– el espectador recorre un tortuoso viaje a través Mali, Níger, Argelia y Marruecos para conocer lo que nunca enseñan los medios de comunicación. El autor estima que las imágenes y noticias que trasladan a diario los medios de comunicación, con la llegada de los cayucos a las costas de las islas Canarias, sólo muestra la punta del iceberg de un drama gigantesco. Esas imágenes de rostros exhaustos dan buena fe de la dureza del viaje, un viaje que tiene su punto de partida a miles de kilómetros de distancia y que puede durar más de un año.

Inspirada parcialmente en hechos reales, Chus Gutiérrez realizó en 2008 *Retorno a Hansala*, que narra la historia de Martín, un empresario funerario con problemas económicos, que encuentra en el cadáver de uno de los muchachos marroquíes muertos en el Estrecho

El cine español ha indagado, además en problemas muy específicos de los procesos migratorios. Así en *Pobladores* (2006) de Manuel García Serrano, se muestra la vida de un colegio público del madrileño barrio de Vallecas. A través de él conoceremos la realidad de dos familias inmigrantes, una marroquí y otra ecuatoriana, y viajaremos con ellas a sus países de origen para conocer la realidad que les ha traído a España. *Hiyab*, cortometraje español de 2005. (8 min), dirigido por Xavi Sala, muestra cómo Fátima se enfrenta a su profesora porque no quiere quitarse el velo islámico.

La rapidez con que se ha producido la inversión de los procesos migratorios en España, ha provocado que las respuestas a los procesos migratorios no hayan sido siempre las adecuadas, y en su estudio, tenemos que tener en consideración que detrás de estos procesos migratorios opera una gran variedad

de factores que pueden clasificarse en dos grandes categorías¹³: fuerzas de atracción que ejercen los Estados de destino (crecimiento y desarrollo de la economía; proximidad geográfica, histórica o cultural; la ausencia de controles adecuados de entrada, etc), y fuerzas de expulsión ejercidas por los Estados de origen (condiciones económicas, sociales o políticas; crisis económicas, pobreza, etc), fuerzas que se ven potenciadas por el actual proceso de globalización.

La entrada de una gran masa de inmigrantes en los últimos diez años ha tenido un impacto muy importante sobre la realidad económica, social y cultural de nuestro país: un mayor aumento de la población; el rejuvenecimiento de la misma, y estos efectos demográficos se trasladan al ámbito económico (mercado de trabajo; mercado de la vivienda; balanza de pagos) e implica al Estado de Bienestar (educación; sanidad; servicios sociales, etc)¹⁴

Esta realidad, y las transformaciones políticas y socioculturales que ha sufrido España, se han representado en el cine de los últimos quince años, mediante películas de diferentes estilos.

Además de en las películas anteriormente indicadas, los extranjeros afincados en España han comenzado a tener cabida dentro del cine protagonizando películas como *La búsqueda de la felicidad* (Albert Abril, 1993), *Ciudadanos bajo sospecha* (Llorenç Soler, 1993), *Souvenir* (Rosa Vergés, 1994), *En la puta calle* (Enrique Gabriel, 1996), *La sal de la vida* (Eugenio Martín, 1996), *Susanna* (Antonio Chavarrías, 1996), *Menos que cero* (Ernesto Tellería, 1996), *El sudor de los ruiseñores* (Juan Manuel Cotelo, 1998), *El faro* (Manuel Balaguer, 1998), *Sobreviviré* (Alfonso Albacete y David Menkes, 1999), *Tomándote* (Isabel Gardela, 2000), *El traje* (Alberto Rodríguez, 2002), *La novia de Lázaro* (Fernando Merinero, 2002), *Los novios búlgaros* (Eloy de la Iglesia, 2003), *Extranjeras* (Helena Taberna, 2003), *Tánger* (Juan Madrid, 2004), o *Agua con sal* (Pedro Pérez Rosado, 2005).

Pero también, en otras películas, los emigrantes han aparecido como secundarios imprescindibles o simplemente como figuras del entorno de los protagonistas: *Alma gitana* (Chus Gutiérrez, 1995), *Hola, ¿estás sola?* (Icía Bollaín, 1995), *Taxi* (Carlos Saura, 1996), *El color de las nubes* (Mario Camus, 1997), *Chevrolet* (Javier Maqua, 1997), *Torrente, el brazo tonto de la ley* (Santiago Segura, 1997), *Finisterre* (Xavier Villaverde, 1998), *París-Tumbuctú* (Luis G. Berlanga, 1999), *La fuente amarilla* (Miguel Santemasmas, 1999), *Se buscan fullmontis* (Alex Calvo Sotelo, 1999), *Sé quien eres* (Patricia Ferreira, 1999), *Pídele cuentas al rey* (José Antonio Quirós, 1999), *Leo* (José Luis Borau, 2000), *Adiós con el corazón* (José Luis García Sánchez, 2000), *Mi dulce* (Jesús Mora,

¹³ Vid. BORJAS, G.J.- *The Economic Analysis of Immigration en Handbook of Labor Economics*, Vol. 3 A. North Holland, 1999.

¹⁴ Vid. *Tres factores clave para una política de inmigración: apertura, control e integración*, Círculo de Empresarios, noviembre-diciembre de 2006.

2000), *A mi madre le gustan las mujeres* (Inés París y Daniela Fejerman, 2001), *En construcción* (José Luis Guerin, 2001), *Salvajes* (Carlos Molinero, 2001), *Torrente 2. Misión en Marbella* (Santiago Segura, 2001), *Canícula* (Álvaro García-Capelo, 2001), o *Ilegal* (Ignacio Vilar, 2002).¹⁵

La política de inmigración, de acuerdo con las recomendaciones comunitarias, debe partir de la idea de que la integración es un proceso social dinámico, prolongado en el tiempo –tiene, por lo tanto, que ser continuamente reproducido y renovado–, que requiere un esfuerzo bidireccional de adaptación a la nueva sociedad, tanto por la población inmigrada, como de la sociedad receptora, y que debe estar delimitado por los valores básicos de la UE, y de la propia Constitución española, valores plasmados en el art. 1 CE, en su relación con el artículo 10, configuradores del marco de valores y normas básicas dentro del cual debe articularse la integración.

La necesidad de adoptar un enfoque integral o global en un marco de cooperación en el que las políticas de integración se dirigen a la ciudadanía en su conjunto, y que las actuaciones públicas deben ir orientadas a promover y garantizar el acceso normalizado de la población inmigrada a los servicios, mediante la incorporación transversal a todas las políticas públicas, constituyen las premisas que configuran la filosofía política del Plan, que se basa en los principios de *igualdad* y *no discriminación* –equiparación de derechos y obligaciones de la población inmigrada y autóctona, dentro del marco de los valores constitucionales básicos–; *el principio de ciudadanía* –reconocimiento de la plena participación cívica, social, económica, cultural y política de los inmigrantes–, y *el principio de interculturalidad* –mecanismo de interacción entre las personas de distintos orígenes y culturas, dentro de la valoración y el respeto de la diversidad cultural–,

En la actualidad, en el ámbito internacional muchas películas contienen en su interior las huellas de un diálogo entre culturas, e incluso en ocasiones parecen exigir del espectador una meditación acerca de la identidad. El cine español no ha querido ser ajeno a esta problemática y desde hace algunos años existe un creciente interés por la interculturalidad, encarnada en historias donde aparecen personajes de distinto origen cultural en convivencia, contacto o desencuentro, de tal manera que a veces de forma tangencial, y otras como núcleo central de la trama, las relaciones interculturales ya no están ausentes de nuestro cine. Resulta curioso detectar que, en unos pocos años, la aparición del inmigrante como personaje cinematográfico se ha multiplicado. Pero hay que tener en cuenta que esta presencia posee dos etapas radicalmente opuestas, aunque paralelas a los cambios sociales y a la evolución de la sociedad de nuestro país. Así, antes de 1975 encontramos –generalmente– al

¹⁵ “El diálogo intercultural en el cine español contemporáneo: entre el estereotipo y el etnocentrismo”. Inmaculada Gordillo, *Comunicación Revista Internacional del Departamento de Comunicación Audiovisual, Publicidad y Literatura*. Número 4, 2006, págs. 207-222.

“otro” como personaje de acogida. Durante muchos años, la figura del emigrante en el cine ha sido representada por el español que tenía que dejar su tierra en busca de un trabajo que le permitiese una vida mejor con filmes como *Alba de América* (Juan de Orduña, 1951), *Españolas en París* (Roberto Bodegas, 1970) o *Gallego* (Manuel Octavio Gómez, 1987) entre otras muchas. La segunda etapa podríamos considerar que empieza a partir de 1990. *Las cartas de Alou* (Montxo Armendáriz) fue la primera película en inaugurar el género de las narrativas de inmigración¹⁶.

Y el cine español no ha sido uniforme en el tratamiento del inmigrante, y de los procesos migratorios. Así, encontramos estereotipos sexuales o miradas estereotipadas por parte de otros personajes en numerosos filmes (*Cosas que dejé en la Habana*, *El rey del mambo*, *Finisterre*, *Adiós con el corazón*, *En la puta calle*, *Princesas*, *Flores de otro mundo*, *Torrente*, *Habana Blues*, *Miss Caribe...*). En general es el estereotipo habitual en relación, sobre todo, a negros y cubanos tanto hombres como mujeres. Es muy usual la figura de la mulata desinhibida y ambiciosa que usa su sexualidad como arma para controlar a los hombres, ya que no hay que olvidar que el uso de la mulata como cuerpo-símbolo de la cultura cubana tiene ya su origen en el XIX y Cuba ha figurado muchas veces como un escenario saturado de sensualidad y caracterizado por el exceso; sin duda una metáfora, en la época, de la desinhibición sexual. Siguiendo con los estereotipos culturales, el emigrante es considerado a menudo como un delincuente, relacionado con la droga, la criminalidad y la prostitución. Así, encontramos ejemplos de inmigrantes rozando la criminalidad en *La novia de Lázaro*, *En la puta vida*, *Cosas que dejé en La Habana*, *¡Átame!*, *Atún y chocolate*, *El traje*, *Alma gitana*, *Susanna*, *Chevrolet* y *Saïd Saïd* entre otras películas.

Sin embargo, también en el cine español existen obras que logran burlar al estereotipo gracias al paulatino conocimiento y la convivencia. Algunas películas nos aportan una visión positiva de unas relaciones que nunca empiezan bien, pero que al final consiguen llegar a buen término. Se trata de

¹⁶ También existen numerosos cortometrajes que, directa o indirectamente han abordado el tema: *Cabeza de turco* (Jorge Borrell, 1993); *¡Que vienen, que vienen!* (Gustavo Vallecas, 1995); *Estrecho Adventure* (Valeriano López Domínguez, 1996); *La línea del Estrecho* (Javier Gil, 1997); *Todos os llamáis Mohamed* (Maximiliano Lemcke, 1998); *Lalia* (Silvia Munt, 1999); *Marionetas de plomo* (Rafael Montesinos, 1999); *El conde inglés* (Clara López Rubio, 2001); *Bamboleho* (Luis Prieto, 2001); *Sin documentos* (Joaquín Martínez, 2001); *Singladuras* (Oscar de Gispert, Lucas Maldonado, Diana Arias, 2002); *Fora do Brasil* (Torrent Carles Aledo, 2002); *Y tú ¿qué harías?* (Emiliano Melgarejo, 2002); *Fresa amarga* (Película colectiva, Intermedia producciones, 2003); *El niño que jugaba con trenes* (Jorge Blas Borroy, 2003); *Un cuento chino* (Antonio Llorens, 2003); *Amigo no gima* (Iñaki Peñafiel, 2003); *Español para extranjeros* (José Luis García Sánchez, 2004); *Verja* (Alfonso Ungría, 2004); *Platicando* (Marisa Lafuente, 2004); *Sin recortes* (María José Aguilar, 2006); *África llora aquí* (María José Aguilar, 2007) o *Aquí cabemos todos* (María José Aguilar, 2007).

aquellas situaciones en las que el español se pone en contacto con un inmigrante irregular, desarrollándose, con el conocimiento y la solidaridad mutua, unas relaciones interculturales basadas en la amistad y en el respeto. Las diferencias permiten entonces una comunicación intercultural en condiciones de igualdad. Algo parecido observamos en *Princesas* (la prostituta española Caye –Candela Peña– y la dominicana Zulema –Micaela Nevárez– se apoyan mutuamente), *Agua con sal* (Marijo –Leyre Berrocal–, una prostituta y obrera valenciana y la cubana Olga –Yoima Valdés–, su compañera en la fábrica); o *Sobreviviré* (la vida gris de Marga se ve marcada por la fuerza y el optimismo de la cubana Rosa). Incluso en ocasiones es posible una relación más profunda, con implicaciones de pareja pero con consecuencias de rechazo social. Es el caso de las parejas multiculturales, de las que el cine español también empieza a dar cuenta. En *Flores de otro mundo* de Iciar Bollain. No es el único modelo de parejas multiculturales: también encontramos ejemplos en *Säid*, *Susanna*, *Cosas que dejé en la Habana*, *Hola ¿estás sola?*, *La novia de Lázaro*, *Las cartas de Alou*, *Sobreviviré*, *Maité*, *Cuarteto de la Habana*, *Pata negra*, *Habana Blues*, etc.

Dignidad de la persona y funciones del Derecho constitucional*

Ignacio Gutiérrez Gutiérrez

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 30.03.2011

Aceptado: 02.05.2011

Resumen: El presente trabajo pretende mostrar en qué medida el Derecho constitucional y, en particular, “la dignidad humana” o “de la persona” a la que aluden diversos textos constitucionales pueden encauzar los debates jurídicos acerca de las expectativas abiertas por los avances científicos en materia de biotecnología. Al efecto, es preciso atender tanto las exigencias de estabilidad del orden constitucional como a la necesaria apertura del proceso democrático.

Palabras clave: Dignidad de la persona, funciones de la Constitución, interpretación constitucional, estabilidad y apertura de la Constitución.

Abstract: *This paper tries to show to what extend Constitutional Law and, particularly, “human dignity” as a legal concept included in several constitutional documents may channel legal debates dealing with the growing expectations due to scientific developments in the biotechnology area. It is therefore required to take into account the needs for stability within constitutional order as well as the necessary openness of the democratic process.*

Key words: *Human dignity, constitutional tasks, constitutional interpretation, stability and openness of the Constitution.*

I. Los progresos en el campo de la tecnología médica son de tal magnitud que cualquier ilusión parece al alcance de la mano; la ficción encuentra aquí dificultades para elevarse al plano de lo inverosímil. El estudio de las redes nerviosas y su aplicación al control cerebral de las prótesis mecánicas nos acercan al mundo de la película *Avatar* (James Cameron, 2009), en la que un cerebro humano *coloniza* un cuerpo ajeno, creado por cierto mediante una tecnología genética y reproductiva que tampoco nos parece ya demasiado extraordinaria. En *Abre los ojos* (Alejandro Amenábar, 1997, con versión americana de Cameron Crowe, *Vanilla Sky*, 2001), la mente humana era a su vez

* El presente artículo se integra en el proyecto de I+D del Ministerio de Educación (Investigación Fundamental) “Constitución y globalización: transformaciones del Estado constitucional y constitucionalización de espacios supranacionales” (DER2009-10375, 2010-2012), dirigido por Oscar Alzaga Villaamil.

colonizada mediante un sueño *fabricado* artificialmente y dotado de verosimilitud en principio absoluta; el negativo de tal proyección puede verse en los ensayos de reprogramación de la memoria.

Los mencionados relatos *juegan* con expectativas creadas por los desarrollos científicos, desplazando los problemas planteados en presente a la frontera de lo ya intuido como posible. También de ese modo contribuyen a perfilar la conciencia colectiva en torno al procesamiento de tales avances, abiertos tanto al peligro como a la esperanza. La literatura, el teatro y el cine siempre han servido, en efecto, como catalizadores de las reacciones sociales frente a los nuevos tiempos, generando una conciencia social que sin duda influye en el desarrollo jurídico. Porque las expectativas que afectan a supuestos centrales de la convivencia colectiva (la identidad humana, la conciencia de libertad y responsabilidad, el instinto de supervivencia ...) deben ser gestionadas en democracia conforme a criterios legitimados en el *foro público*. La regulación jurídica sustantiva dependerá finalmente de las orientaciones morales y culturales que se impongan en él.

Corresponde al Derecho constitucional encauzar tal debate. Sobre la base, pues, de la *opinión pública*, se decide en sede parlamentaria; en el bien entendido de que la decisión mediante ley ha de dejar siempre abierta la prosecución de los debates, articulados e institucionalizados de conformidad con las exigencias del principio democrático.

Sin embargo, los procesos abiertos por los aludidos avances científicos se presentan a menudo como difícilmente reversibles; al menos en tales casos no parece aceptable que las correspondientes decisiones se adopten apelando al provisional principio mayoritario. Deben dotarse entonces de una estabilidad que, en el campo del Derecho, se asocia al orden constitucional material. Para incorporarse al cuerpo de la Constitución, el acuerdo debe gozar del respaldo que exigen las actuaciones del poder constituyente (originario o derivativo).

Pero apenas parece hoy posible alcanzar resultados en este terreno a través de un proceso orientado hacia el desarrollo de convicciones colectivas que, más allá incluso de las instituciones oficiales, comprometan a todos. Porque el disenso alcanza a los presupuestos metodológicos del debate, visto como una argumentación sea sobre principios susceptibles de ponderación, sea sobre límites morales absolutos. Límites que, por lo demás, se quieren ver reconocidos de antemano en el orden constitucional ya existente, como marco indisponible para las discusiones suscitadas por los nuevos desarrollos de la ciencia; si se han acelerado más allá de lo que el Derecho positivo, los juristas y el *foro público* parecen capaces de asimilar, es natural buscar una referencia estable por encima de tales procesos.

Por eso se invoca la dignidad humana en los debates científicos, éticos y políticos en torno a la investigación médica, con la esperanza de que, en cuanto norma central del ordenamiento constitucional positivo, le sea reconocido al argumento una específica fuerza normativa. Ahora bien, tal pretensión de estabilidad, postulada con relativa facilidad para ciertos enunciados

abstractos, se enfrenta a grandes dificultades en el momento de su concreción; entonces, de uno u otro modo, termina por imponerse la necesidad de mitigar las exigencias del principio o de ponderar las circunstancias de su aplicación.

Puntos de equilibrio entre las posibilidades del debate público y las restricciones impuestas por las garantías constitucionales de índole material se buscaron afanosamente por ejemplo en Alemania con ocasión del debate acerca de la investigación con *células-madre* procedentes de embriones humanos fecundados *in vitro*, en el que intervinieron decisivamente los especialistas en Derecho constitucional¹. Debates similares se desarrollan también en España, naturalmente; pero aquí suele quedar al margen la Constitución, como si nadie pensara que pudiera aportar criterio alguno. Lo cierto es que, en uno y otro país, se imputan al Derecho constitucional funciones diferentes; tampoco la garantía de la dignidad humana en el art. 1 de la Ley Fundamental y la mención de la dignidad de la persona en el art. 10.1 de la Constitución española resultan comparables.

Y, sin embargo, los fenómenos a los que nos referimos son transfronterizos y exigen soluciones compartidas. Las dificultades que comporta la regulación de procesos que con facilidad escapan a la acción territorializada del Estado se ponen de manifiesto con la globalización no sólo de los mercados financieros, sino también de los desarrollos científicos; y también en ese ámbito, por cierto, pretenden encontrar eco quienes aspiran a una “libre competencia” de ordenamientos jurídicos estatales. El debate nacional es, ya por ese solo calificativo, insatisfactorio; las propuestas constitucionales de ámbito estatal resultan insuficientes, y se necesitan por tanto principios de Derecho constitucional válidos para el conjunto de la Comunidad internacional².

¹ Cfr. mi artículo «El debate alemán sobre la investigación con células-madre de origen embrionario», *Teoría y Realidad Constitucional* n° 10-11, págs. 533 ss. En él y especialmente en mi libro *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005, se apoyan las presentes reflexiones. Dado que ambos textos contienen ya abundantes referencias bibliográficas, reduciré aquí el aparato de notas a las estrictamente impuestas por la cita textual. De la bibliografía posterior han de mencionarse aquí los trabajos de M. Nettesheim, «Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos», *AöR* 130, págs. 71 ss., y H.-G. Dederer, «Die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Dogmatische Grundfragen auf dem Stand der Wissenschaft», *JöR (NF)* 57, págs. 89 ss.

² Sobre las perspectivas abiertas al Derecho constitucional por la globalización y la multiculturalidad, que orientan el presente ensayo, pueden verse los libros *Derecho constitucional para la sociedad multicultural* (D. Grimm/E. Denninger, ed. por I. Gutiérrez Gutiérrez, Madrid: Trotta, 2007) y *La constitucionalización de la Comunidad internacional* (ed. por A. Peters/M. Aznar/I. Gutiérrez, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010); cfr. también para nuestro tema por ejemplo Chr. McCrudden, «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *EJIL* 19, págs. 655 ss.

Las diferencias en las regulaciones constitucionales entroncan con la diversa experiencia histórica en cuanto se refiere a la relación multipolar entre religión, ética, política y Derecho. Los distintos equilibrios que cada país halla provisionalmente para las tensiones resultantes de cada uno de los posibles binomios no necesariamente se compensan, como si se tratara de un campo de fuerzas que de algún modo tienden siempre a converger en torno a un punto central, sino que en ocasiones se potencian, como si la distancia total entre las culturas jurídicas resultara de la multiplicación de las distancias parciales de cada uno de los pares de puntos de equilibrio.

Los principios internacionales, en cualquier caso, no necesariamente se han de reducir al máximo común denominador representado por las posibilidades efectivas de acuerdo entre todos los Estados; en el Derecho internacional se reconocen postulados vinculantes que van más allá de tales condiciones restrictivas. Mas proponerlos para este ámbito supera con creces las pretensiones del presente estudio, que se limitará a explicar los diferentes contextos constitucionales de Alemania y España y a esbozar la distinta función que corresponde en cada uno de ellos al postulado de la dignidad humana, que desempeña un papel central en estos debates. El análisis de esas diferencias permitirá quizá comprender la naturaleza del reto que supone superarlas y orientar el empeño. Los diversos desarrollos en España y Alemania sirven aquí, por lo demás, sólo como ilustración de las dificultades que pueden surgir para configurar un orden supranacional que comprenda culturas jurídicas mucho más divergentes que las representadas por estos dos países, a fin de cuentas integrantes de una misma comunidad jurídica identificada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, ya en un plano superior, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

II. La reflexión jurídica bien puede partir de un problema concreto, cual es por ejemplo el de la legitimidad de una intervención legislativa en la libertad de investigación científica, constitucionalmente garantizada en Alemania (art. 5.3 de la Ley Fundamental) y España (art. 20.1.b de la Constitución española), y que en principio comprendería la utilización de células-madre procedentes de embriones humanos fecundados *in vitro*. Tal intervención necesita un fundamento constitucional, que en este caso se busca en el *deber de protección* anejo a los derechos fundamentales de los que pueda ser titular el embrión, eventualmente destruido para la obtención de tales células: se invocan al efecto el derecho a la vida (art. 2.2 LF y art. 15 CE) y la dignidad humana (art. 1.1 LF y art. 10.1 CE). Las restricciones a la libertad de investigación podrían resultar así no sólo constitucionalmente legítimas, sino incluso inexcusables, en cuanto impuestas por la protección debida a otro derecho fundamental.

La vida humana y la dignidad, en cualquier caso, gozan de una protección constitucional diferenciada. En Alemania, mientras que la dignidad resulta de acuerdo con la Ley Fundamental *intangible*, y por ello se considera inadmi-

sible cualquier ponderación que relativice su alcance, la vida humana es un derecho fundamental que puede entrar en colisión con otros bienes jurídicos. Dicho en otros términos, la injerencia en el derecho a la vida podría encontrar justificación, pero no la lesión de la dignidad. Por lo demás, la doctrina alemana acepta la declaración del Tribunal Constitucional según la cual “si existe vida humana, le corresponde dignidad”³. Con ello, el comienzo de la protección constitucional coincide con el de la vida humana, pero su contenido se extiende no sólo a la protección de esa vida, sino también de la dignidad; un criterio que ofrece mayor riqueza de implicaciones morales y, como se ha señalado, consecuencias jurídicas menos flexibles.

Determinar el comienzo de la vida humana es tarea compleja, en la que el jurista está obligado a valorar datos científicos que tienden a presentar un proceso continuo de desarrollo; el momento relevante puede fijarse así en instantes diferentes, sin que la jurisprudencia constitucional haya dilucidado definitivamente la cuestión. Ya en la primera sentencia alemana sobre la interrupción voluntaria del embarazo, de 25 de febrero de 1975, el Tribunal Constitucional alemán afirma que el deber de protección del Estado existe sin duda, de acuerdo con los conocimientos acreditados de la biología y la fisiología, a partir del décimocuarto día posterior a la fecundación, cuando se produce la anidación del óvulo y la individuación del embrión⁴. En la segunda sentencia, dieciocho años más tarde, el Tribunal deja sin decidir si la vida humana comienza con la unión del espermatozoide y el óvulo, aunque incidentalmente tiende a reconocerlo⁵. Tan temprana protección de la vida humana como derecho fundamental parece sólo posible, en cualquier caso, en la medida en que los efectos de la protección sean susceptibles de ponderación.

Porque la protección derivada del derecho a la vida, ya lo hemos dicho, no convierte cualquier interrupción del proceso biológico en una intervención constitucionalmente ilegítima. Incluso el derecho a la vida del embrión, reconocido en Alemania, se considera compatible, por ejemplo, tanto con la interrupción voluntaria del embarazo como con ciertos métodos anticonceptivos que impiden la anidación del óvulo fecundado, especialmente en la medida en que con la protección del embrión entran en conflicto derechos de la mujer y otros bienes jurídicos merecedores de tutela. Del mismo modo, la libertad de investigación científica, orientada a la curación de enfermedades severas, podría proyectarse como fin legítimo para la eventual destrucción de embriones que ya no pueden ser implantados en el útero.

La dignidad tampoco queda afectada por el mero hecho de la destrucción del embrión; no toda intervención en el derecho a la vida es, por ello sólo, le-

³ BVerGE 39, 1 [41]; BVerfGE 88, 203 [252].

⁴ BVerGE 39, 1 [37].

⁵ BVerfGE 88, 203 [251]

sión de la dignidad humana. La doctrina dominante y la jurisprudencia constitucional, a partir de una clásica formulación de Dürig que manifiestamente se apoya en el imperativo categórico kantiano, entienden que la dignidad queda comprometida cuando el ser humano es convertido en un simple *objeto*. De ahí deriva la prohibición de producir embriones con fines instrumentales, que inicialmente encuentra en Alemania un reconocimiento casi unánime. Cuando el embrión fecundado con fines reproductivos resulta *sacrificado* a fines de investigación, su mera existencia queda subordinada a intereses ajenos, en este caso los que mediatamente representa el investigador. Aún en el caso de que a la vida del *embrión sobrante* no le quepa ulterior desarrollo, y esta *utilización* le atribuya finalmente un sentido, lo cierto es que esa atribución de sentido sería instrumental, la propia de un objeto, y no autónoma. Parece que no cabe sino considerar tal hecho como un atentado contra la dignidad del embrión.

Lo cierto es, sin embargo, que la generosa invocación del art. 1.1 de la Ley Fundamental por parte del Tribunal Constitucional alemán⁶ no ha bloqueado los debates, si bien ha forzado a la doctrina a distinciones cada vez más sutiles, por ejemplo diferenciando entre la dignidad y las concretas pretensiones derivadas de su garantía jurídica, necesariamente relativas, y depurando la relación entre el deber de respeto (aspecto subjetivo o vinculación negativa) y el deber de protección (aspecto objetivo o vinculación positiva) comprendidos en tal garantía⁷.

De la dignidad de la persona a la que alude la Constitución española sería difícil extraer tan ricas consecuencias. El propio texto del art. 10.1 CE, en conexión con los valores superiores del art. 1.1 CE y con el fundamento de la Constitución “en la indisoluble unidad de la Nación española” (art. 2 CE), impide atribuir aquí a la dignidad de la persona el mismo papel que desempeña en Alemania la dignidad del hombre, reconocida en el art. 1.1 de la Ley Fundamental como norma fundacional del Estado y de su ordenamiento jurídico constitucional. La dignidad de la persona tampoco opera en España como

⁶ Cfr. sólo D. Hömig, «Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes in der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland», *EuGRZ* 2007, págs. 633 ss. (el autor fue ponente de la célebre sentencia sobre la Ley de Seguridad Aérea, BVerfGE 115, 118), y la más reciente Sentencia de 9 de febrero de 2010, que apura las consecuencias del vínculo entre la dignidad de la persona y el postulado del Estado social, http://www.bverfg.de/entscheidungen/lst20100209_1bv1000109.html.

⁷ Véanse por ejemplo U. Vosgerau, «Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen», *AöR* 133, págs. 346 ss., y J. V. Bernstorff, «Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie. Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG», *Der Staat* 47, págs. 21 ss. Sobre el debate suscitado en Alemania por la propuesta de diferenciar entre objeto y contenido de los derechos fundamentales véase J. Alguacil González-Aurioles, «Contenido, objeto y límites de los derechos a la luz de la reciente polémica alemana», *Teoría y Realidad Constitucional* 18, págs. 305 ss.

derecho fundamental: el constituyente español, preocupado por dotar de una garantía precisa y diferenciada a los derechos fundamentales, excluyó la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del correspondiente catálogo, dejando ambos postulados al margen de las garantías previstas en los apartados 1 (garantía del contenido esencial) y 2 (recurso de amparo) del art. 53 CE, e incluso fuera del ámbito protegido por el procedimiento extraordinario de reforma constitucional (art. 168 CE). En la jurisprudencia constitucional existen resoluciones que ciertamente evocan la llamada *Objektformel* (SSTC 53/1985, 231/1988, 212/1996, 224/1999, 91/2000, 192/2003), pero no alcanzan a constituirse en línea orientadora para la determinación del contenido de la dignidad de la persona, que en cualquier caso puede quedar sometida a ponderación (STC 53/1985) o ser limitada con las reservas impuestas por el principio de proporcionalidad (STC 98/2000).

En España es por tanto preciso recurrir directamente al derecho a la vida para abordar tales cuestiones desde la perspectiva constitucional. Hemos señalado que los deberes de protección a cargo del Estado que se derivan del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, y en concreto de la vida humana, permiten a la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, controlar la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Tales deberes se hicieron derivar inicialmente en Alemania de la vinculación de los derechos concretos, y en particular del derecho a la vida, con la dignidad, articuladora del supuesto sistema de valores encarnado en los derechos fundamentales; luego ya se dotaron de un perfil dogmático propio y fueron radicados en cada uno de los derechos particulares, sin necesidad de apelar a la jurisprudencia de valores. También en España el Tribunal Constitucional configura en la STC 53/1985 un *deber de protección* de la vida humana⁸. Pero al efecto, aunque no invoca como complemento el *valor* de la dignidad de la persona, se siente en la necesidad de convertir la propia *vida* en *valor superior*. Un derecho elevado a tal rango, sin embargo, difícilmente puede ser sometido a *ponderación*; la STC 48/1996 afirma expresamente que “el derecho a la vida y a la integridad (...) tiene un carácter absoluto”.

Con ello se dota a la protección de la vida de una rigidez que, como incluye la propia jurisprudencia, es incompatible con una concepción dilatada de su objeto y contenido. Justamente por eso la STC 53/1985 atribuye en España al *nasciturus* la cualidad de bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 CE, pero no le reconoce la titularidad del derecho a la vida. La STC 212/1996 enfatiza la negativa a reconocer al *nasciturus* un derecho fundamental, poniendo expresamente de manifiesto que el Tribunal pretende evitar que a este problema se aplique la noción de *contenido esencial*.

⁸ Los votos particulares, por cierto, reflejan la amplia discusión acerca de las posibilidades y límites del correspondiente control del legislador a cargo de la jurisdicción constitucional.

En cuanto al momento en el que surge ese menos preciso y más limitado deber de protección de la vida de quien, en realidad, no es titular del derecho a la vida, el Tribunal se limita a “precisar a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación” (STC 53/1985). Más adelante, la STC 212/1996 entiende que el deber de protección no se proyecta sobre la vida del embrión como bien jurídico protegido *por sí mismo*, y precisamente desde el inicio de la gestación, sino en cuanto *destinado a ser persona*, futuro sujeto de los derechos fundamentales; de manera que “la cuestión relativa a la viabilidad o no de los embriones y fetos humanos (...) ocupa lógicamente una posición central”. La ulterior STC 116/1999 vincula tal viabilidad con un dato objetivo, la transferencia del óvulo fecundado al útero materno; la viabilidad no es un juicio de posibilidad abstracta, sino una expectativa abierta por un proceso concreto de desarrollo. La protección corresponde, en fin, al *embrión viable en cuanto implantado en el útero materno*; y el embrión no viable no está protegido, ni siquiera en la forma debilitada de bien jurídico, por el art. 15 de la Constitución. Queda pendiente de explicar la afirmación de la STC 212/1996 conforme a la cual la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) puede tener cierta proyección respecto de un embrión no viable, incapaz de “desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del art. 10.1 CE”.

A la postre, pues, en España se ha eludido el valor absoluto de la dignidad y se escamotea en la argumentación el que se atribuye a la vida humana. El Derecho constitucional queda, en la práctica, al margen de este concreto debate sobre la investigación con células-madre de origen embrionario. En Alemania, el reconocimiento constitucional de la intangible dignidad del hombre y el rigor de la jurisprudencia al concretarla colocan a la doctrina ante la necesidad de refinar la elaboración dogmática para abrir paso a la argumentación concreta sobre posibilidades y límites.

III. Las diferencias en las regulaciones nacionales descansan sobre concepciones distintas de la dignidad humana, asentadas sobre la particular experiencia moral de cada sociedad y consagradas en el momento constituyente. Tal experiencia bien puede consagrar avances no revisables, como la prohibición de la esclavitud y de la tortura; pero también debe ser actualizada si ha de servir de criterio orientador frente a los nuevos retos: “qué signifique el mandato de respetar la dignidad resultará de la evolución histórica y del nivel de conciencia. Ni las ideas de los padres de la Constitución ni las interpretaciones actuales pueden pretender una *validez intemporal*”⁹. El contenido de la Constitución queda codeterminado por los ciudadanos, en cuanto *sociedad*

⁹ E. Benda, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons/Instituto Vasco de Administración Pública, 2001, pág. 136.

*abierta de intérpretes de la Constitución*¹⁰, en el debate público en torno a la interpretación de los principios constitucionales.

Ahora bien, la consiguiente apertura de los conceptos constitucionales a una concreción dinámica en el marco de los desarrollos sociales, culturales y científicos no constituye un argumento a favor de la extensión del ámbito material de protección constitucional tan lejos como pretenda cualquiera de las concepciones representadas en el *foro público*. Si bien pueden acogerse las más variadas demandas de protección de los derechos fundamentales como parte integrante del foro público de relevancia constitucional (*presencia de los derechos fundamentales en el proceso constitucional democrático*), la tutela jurídica material proporcionada por la Constitución debe reservarse al núcleo de la garantía consolidado en la conciencia de cada momento histórico (*garantía de los derechos fundamentales frente al resultado del proceso constitucional democrático*).

La dignidad del hombre no puede operar, en definitiva, como expresión de incertidumbres provisionales; su pretensión de intangibilidad no debe quedar expuesta a la erosión del tiempo. Sólo el resultado de las experiencias y de los debates, contemplado con perspectiva histórica, estará en condiciones de consolidar un nuevo umbral de protección de la dignidad. Una generosa protección constitucional material de valores absolutos no conduce, en efecto, a la discusión abierta de las diferentes posiciones jurídicas *sub specie constitutionis*, sino que ciega los debates. Tal ceguera quizá reconforte nuestras ansias de seguridad, pero no nos iluminará acerca de los procesos que la ciencia ya ha puesto en marcha y de las expectativas que despiertan para la humanidad.

Ello no supone adoptar una perspectiva (optimista, resignada o cínica) para la cual sería necesario admitir como *jurídicamente* lícito todo lo *técnicamente* posible. Ahora bien, someter al parámetro normativo intemporal de la dignidad humana utopías y antiutopías construidas al amparo del cine o de la literatura, para luego proyectar las conclusiones sobre los desarrollos actuales, vistos por cierto como un mero estadio transitorio hacia tales horizontes, no parece un procedimiento sensato de prevención de riesgos, sino más bien un recurso dialéctico poco refinado. Más fructífero que la invocación abstracta de la fórmula que condensa la noción kantiana de dignidad sería un análisis diferenciado de los argumentos relevantes a la vista de cada problema concreto: el diagnóstico preimplantatorio para la selección de embriones o incluso de gametos plantea cuestiones diferentes si se orienta a eliminar los dañados por enfermedades genéticas graves, a ensayar terapias genéticas avanzadas o a seleccionar los más aptos para una ulterior donación de órganos o tejidos en beneficio de un familiar enfermo.

¹⁰ P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts.: Athenäum, 1980.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., «Contenido, objeto y límites de los derechos a la luz de la reciente polémica alemana», *Teoría y Realidad Constitucional* 18, 2006, págs. 305 ss.
- BENDA, E., «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons/Instituto Vasco de Administración Pública, 2001, págs. 117 ss.
- BERNSTORFF, J. V., «Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie. Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG», *Der Staat* 47, págs. 21 ss.
- DEDERER, H. G., «Die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Dogmatische Grundfragen auf dem Stand der Wissenschaft», *JöR (NF)* 57, págs. 89 ss.
- GRIMM, D., DENNINGER, E., *Derecho constitucional para la sociedad multicultural* (ed. por I. Gutiérrez Gutiérrez), Madrid: Trotta, 2007.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «El debate alemán sobre la investigación con células-madre de origen embrionario», *Teoría y Realidad Constitucional* n° 10-11, 2002-2003, págs. 533 ss.
— *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- HÄBERLE, P., *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts.: Athenäum, 1980.
- HÖMIG, D., «Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes in der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland», *EuGRZ*, 2007, págs. 633 ss.
- MCCRUDEN, CHR., «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *EJIL* 19, 2008, págs. 655 ss.
- NETTESHEIM, M., «Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos», *AöR* 130, 2005, págs. 71 ss.
- PETERS, A., AZNAR, M., GUTIÉRREZ, I. (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- VOSGERAU, U., «Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen», *AöR* 133, 2008, págs. 346 ss.

Fe de erratas

- En las páginas 129-133 del Vol. 58/1 Enero-Junio 2010, las referencias realizadas al proyecto de *Constitución Europea* de 2004, deben sustituirse por el *Tratado de Lisboa* de 2007, con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.
- En la página 5 del Vol. 58/2 Julio-Diciembre 2010, donde dice «(Fasc. 126)», debería decir «(Fasc. 125)».

Estudios de Deusto

Volume 59, Issue 1, January-June 2011

Table of Contents

Studies

The right to education and limits to the parental authority within the Liberal State: the case of *home schooling*

Borja Barragué Calvo

Cernuda as a lawyer within his writings

Julián Gómez De Maya

The DGRN and the foreign law. Analysis of the current situation and foreseeable

implementation of the Law 54/2007, of 28 December, on international adoption

Javier Maseda Rodríguez

Some constitutional and legal aspects regarding the pirate ship capture on deep sea. The Spanish

Navy police's role, boarding and inspection of the ship as well as necessary steps for the detention of the suspects
Alberto Oehling de los Reyes

The collection and use of human biological samples in biomedical research in the Spanish Legal system
Sergio Romeo Malanda

The German Basic Law in its Sixtieth Anniversary
Michael Sachs

***Home schooling* and Constitution. Some considerations on a prudent constitutional case law**

Víctor J. Vázquez Alonso

Transformative will of the democratic syndicate
Manuel María Zorrilla Ruiz

Notes

Legal and de facto management: analysis of two problematic cases in criminal law

María Soledad Gil Novajas

Cinema and migratory flows

Juan Manuel Goig Martínez

Human dignity and tasks of the Constitutional Law
Ignacio Gutiérrez Gutiérrez