

# teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 9/2011

## CONSEJO EDITORIAL\*:

**Tomás S. Vives Antón**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)*

**Ángel M. López y López**

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

**María José Añón Roig**

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)*

## COMITÉ CIENTÍFICO\*:

**Gregorio Peces-Barba Martínez**

*Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid*

**Francisco Muñoz Conde**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**Tomás Sala Franco**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**Luis López Guerra**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid*

**Luciano Parejo Alfonso**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid*

**Javier de Lucas Martín**

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

**Víctor Moreno Catena**

*Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid*

**María Rosario Valpuesta Fernández**

*Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**Emilio Beltrán Sánchez**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo de Madrid*

**Marta Lorente Sariñena**

*Catedrática de Historia del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid*

\* Por orden de edad

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es). Sitio web: [www.tirant.com/teoriayderecho](http://www.tirant.com/teoriayderecho)

Correspondencia

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita

Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)

<http://www.tirant.com>

ISSN: 1888-3443

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Diseño y maquetación: PMc Media

Imprime: Guada Impresores, S.L.

# SUMARIO

## DEBATE

### Los derechos sociales en tiempos de crisis

Presentación. Reflexiones sobre la constitucionalización de los derechos sociales.....	7
<i>Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada</i>	
El Estado social .....	21
<i>Antonio Torres del Moral</i>	
Los derechos sociales como categoría normativa en la Constitución española.....	55
<i>Clara Marquet Sardà</i>	
La contribución de las Comunidades Autónomas al reconocimiento y regulación de los derechos sociales.....	79
<i>Mercè Barceló i Serramalera</i>	
La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el derecho español	103
<i>Encarna Carmona Cuenca</i>	
Los derechos sociales y sus garantías en el ordenamiento constitucional español .....	127
<i>Josu de Miguel Bárcena</i>	
Los derechos sociales en el contexto de la globalización .....	147
<i>Javier Tajadura Tejada</i>	

## ESTUDIOS

La detención. Un conflicto entre libertad y seguridad (análisis desde la perspectiva del “consumo del derecho fundamental”).....	167
<i>Salvador Camarena Grau</i>	
¿Es un dislate exigir la motivación de una sentencia absolutoria por duda razonable?.....	189
<i>Juan Igartua Salaverría</i>	
Análisis de la “tesis de la desvinculación de la antijuridicidad”. Una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE).....	197
<i>Elena Martínez García</i>	
Una crítica de la noción de confianza en el republicanismo .....	225
<i>José Luis Pérez Triviño</i>	
Entender el derecho de autor.....	237
<i>Rafael Sánchez Arísti</i>	

## TEMAS DE HOY

La reforma de la ley concursal.....	263
<i>Emilio Beltrán</i>	
La prohibición del uso del <i>hijab</i> en los centros escolares públicos. Análisis desde el Derecho constitucional español.....	283
<i>Rafael Naranjo de la Cruz</i>	
En defensa de la jurisdicción constitucional: análisis del caso de “Bildu”.....	303
<i>Tomás S. Vives Antón</i>	

## VARIA

Hechos, normas y valores: crónica de un debate filosófico-jurídico .....	317
<i>Tomás S. Vives Antón</i>	
Normas de la revista .....	331



# DEBATE

## Los derechos sociales en tiempos de crisis

Presentación. Reflexiones sobre la constitucionalización de los derechos sociales

*Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada*

El Estado social

*Antonio Torres del Moral*

Los derechos sociales como categoría normativa en la Constitución española

*Clara Marquet Sardà*

La contribución de las Comunidades Autónomas al reconocimiento y regulación de los derechos sociales

*Mercè Barceló i Serramalera*

La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el derecho español

*Encarna Carmona Cuenca*

Los derechos sociales y sus garantías en el ordenamiento constitucional español

*Josu de Miguel Bárcena*

Los derechos sociales en el contexto de la globalización

*Javier Tajadura Tejada*



# REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Manuel José Terol Becerra

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Pablo de Olavide

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Valencia

**Sumario:** 1. Primeras manifestaciones de los derechos sociales con la crítica a la igualdad ante la ley como telón de fondo. 2. La constitucionalización de los derechos sociales. 3. El plan sobre el bienestar en la Constitución española de 1978. A. De la relación simbiótica entre los derechos sociales y los de libertad. Las ideas de justicia y de dignidad humana como fundamentos de los derechos sociales. B. La garantía de los derechos sociales

## 1. PRIMERAS MANIFESTACIONES DE LOS DERECHOS SOCIALES CON LA CRÍTICA A LA IGUALDAD ANTE LA LEY COMO TELÓN DE FONDO

La política social no es una actividad privativa del Estado actual, por más que su ejercicio haya llegado a convertirse en una característica del mismo. Es bien sabido que, incluso cuando mostraba su faceta más puramente liberal y abstencionista, el Estado prestó cierta atención a este asunto. De la que recibió en Alemania, por ejemplo, con anterioridad a la publicación de su libro: *El Derecho civil y los pobres*, en 1890, ofrece alguna información, como se verá, Antón Menger, conocido defensor de la corriente iussocialista en dicho país.

No obstante, hasta que las primeras manifestaciones normativas de política social terminaron por convertirse en el cuerpo de derechos

sociales que suelen enunciar, cuando menos las constituciones europeas contemporáneas, hubo de recorrerse un largo camino jalonado de reivindicaciones ciudadanas en lo social y de formulaciones doctrinales a su respecto. Abstracción hecha de las primeras, cuyo análisis conviene dejar a la sociología y a la ciencia política, interesa destacar, acerca del interés mostrado por la doctrina hacia los derechos sociales, la enorme importancia que tuvieron en la construcción de tal categoría las críticas vertidas desde la academia hacia la igualdad ante la ley, en tanto que principio generador de desigualdades.

A este propósito afirmaba Menger que, tratando a todos de modo igual, “sin atender a sus cualidades personales y a su posición económica; permitiendo que entre ellos se estableciese una competencia sin freno, se ha logrado, sin duda, elevar la producción hasta lo infinito; pero al propio tiempo se ha conseguido que los pobres y los débiles, tomasen una parte escásima en ese aumento de producción. A conse-

cuencia de esto surgió la legislación social, que se endereza a proteger a los débiles contra los fuertes, y a asegurar a aquellos, cuando menos, una parte mínima de los bienes necesarios para vivir. Hoy se sabe que no existe una desigualdad mayor que aquella que consiste en tratar a los desiguales de un modo igual”<sup>1</sup>.

En parecidos términos se manifestaba otro iussocialista, esta vez italiano, Giuseppe Salvioli, para quien todos los hombres “son naturalmente iguales, derivando las desigualdades de la vida social. Si todos tuviéramos la misma educación, la misma instrucción, los mismos beneficios naturales, habríamos conservado también la igualdad natural. Si la sociedad tratase a todos por igual, no habría desigualdad. Pero la sociedad y los hombres multiplican las desigualdades, siendo la preponderancia precisamente producto del orden jurídico; y la ley, en vez de atender tales desigualdades, aplica a todos la misma medida”<sup>2</sup>. Para Salvioli, además, la idea misma de igualdad natural llevaba inevitablemente aparejada, como efecto, la de un individualismo abstencionista, generador de desigualdades que ninguna esperanza había de atajar en la Italia de su época<sup>3</sup>.

Planteamientos como los expresados, hace tiempo que concluyeron por convertir en nuclear, dentro de la teoría de los derechos fundamentales del Estado social, la idea de igualdad real como presupuesto de la libertad, y, con ello, la de asegurar las condiciones materiales de vida individuales. Mostrándose evidente que esta suerte de relación simbiótica para los derechos sociales y los fundamentales, está presidida por las ideas de dignidad humana, y de justicia, como fundamento objetivo de la misma, respectivamente.

## 2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Luego se volverá sobre este asunto. Antes interesa dar cuenta de la enorme importancia

que se le concedió en España a la constitucionalización de los derechos sociales. A cuyo respecto señalaba Francisco Ayala en 1932: “Una de las más destacadas innovaciones que la vigente Constitución de la República española (9 diciembre 1931) aporta a la historia del derecho constitucional español es la inclusión en su seno de un cierto número de fórmulas básicas, correspondientes al que puede ser denominado, en términos amplios, derecho social, así como también, en alguno de sus aspectos, derecho económico, que en la sistemática del texto se agrupan bajo epígrafe ‘Familia, economía y cultura’, dentro del capítulo II del título III, relativo a ‘Derechos y deberes de los españoles’<sup>4</sup>”.

Con tal afirmación apenas se limitaba el citado autor a constatar un hecho del que aún se vería obligado a enfatizar su relevancia. Tanto más cuanto él mismo informaba de la existencia en el derecho positivo español, previo a la Constitución de 1931, de “un sector, no demasiado reducido, de derecho social o, más concretamente de derecho del trabajo”<sup>5</sup>. Aunque las correspondientes normas reguladoras, precisaba, “se habían desarrollado a impulsos de la necesidad, sin sistema y un poco en precario, por vía legislativa ordinaria y, en un gran volumen, por virtud de disposiciones o regulaciones dictatoriales”. Difícilmente, añadía, hubiera podido ocuparse de este asunto una Constitución como la de 1876, inspirada en los planteamientos propios del liberalismo clásico y, por tanto, carente de previsión alguna y también de prohibición ninguna de legislar en el terreno político-social.

La transformación social experimentada en España entre 1876 y 1931, así como en todo el mundo, continuaba, “el estímulo del ejemplo extranjero y la necesidad de aceptar normas internacionales, dieron lugar, entre nosotros, al desenvolvimiento de una legislación social respecto de la cual hubo de [p.1150] hacerse sentir incluso, aunque con pobres resultados, la tendencia codificadora (Código del Trabajo de 1926)”<sup>6</sup>. No pretendía negarle con eso legitimidad “con arreglo a criterios del más estricto formalismo”, al derecho social vigente antes

de aprobarse la Constitución de 1931; tan sólo buscaba llamar la atención sobre la nueva situación generada por dicha Constitución<sup>7</sup>. Por lo demás, estimaba que la constitucionalización de la política social suponía, “en primer término, la colocación de los principios de la ordenación pretendida bajo la salvaguardia de las protecciones jurídicas especiales que defienden la Constitución (reforma y jurisdicción constitucionales)”. Por último, concluía atribuyéndole Francisco Ayala a la Constitución de Weimar una influencia decisiva en los contenidos de la española de 1931, aunque negando que en esta materia, como en tantas otras, debiera llevarse “muy adelante el parangón”<sup>8</sup>.

Todo parece indicar que se inspiraban tales consideraciones en las vertidas, un año antes, por Adolfo Posada en su libro *La reforma constitucional*, quien en este punto señalaba cómo a las declaraciones de libertades limitadoras del poder frente a las manifestaciones de la actividad libre humana, se habían sumado, en las Constituciones más modernas en su época, declaraciones y normas que, “a veces imponen al Estado deberes o suscitan funciones positivas, que se traducen en formas diversas de asistencia del poder, de carácter jurídico, económico y cultural”<sup>9</sup>. Para Posada, su tiempo no sólo exigía garantizar todos los derechos de 1789, sino también los nuevos derechos nacidos de la evolución de la vida social y, en tal sentido, afirmaba que “las nuevas Constituciones europeas se han acomodado a la nueva evolución”. Como era el caso de la Constitución de Weimar<sup>10</sup>.

Las nuevas Constituciones, añadía, “han sido redactadas en una época en que ningún partido político puede ignorar la cuestión social. En el siglo XX, el sentido social del derecho no es ya una doctrina (...): es la vida misma. Y para la vida debe ser toda Constitución digna de su momento. “El Estado no puede limitarse a reconocer la independencia jurídica del individuo; debe crear un mínimo de condiciones necesarias para garantir su independencia social”<sup>11</sup>. Formulación que completaba con una precisión, referida a ese contenido nuevo de las declaraciones de derechos, en la

cual destacaba su propensión a abarcar la totalidad de la vida social: la familia, la escuela, la formación cultural, etc. Véase si no la segunda parte de la Constitución de Weimar. El nuevo derecho político tiene que preocuparse de garantizar jurídicamente la persona individual y, además, la persona “social”, haciéndose cargo del valor del influjo de los “grupos”, órganos de los intereses superindividuales (sociales, sería mejor)<sup>12</sup>.

Sin embargo, con las consideraciones hasta aquí referidas de Posada, apenas ponía éste los pilares sustentadores de sus conclusiones sobre cómo debía abordar la reforma constitucional el asunto de la declaración de derechos:

“No se concibe, pues, una revisión constitucional sin rehacer la tradicional concepción y términos de la tabla de derechos —*bill of rights*—. Y, refiriéndome concretamente a España, no creo que nadie pueda sostener que el exiguo Título primero de la Constitución de 1876 responda a los más elementales apremios del momento en que vivimos. Nuestro régimen constitucional en este punto reclama una transformación de su ‘dogmática’, por amor a la justicia, por razones de oportunidad y a fin de reflejar en sus normas y declaraciones las nuevas apremiantes necesidades del vivir social, constantemente renovadas, tendencias y necesidades, cuyo reconocimiento jurídico ha permitido justamente a España adherirse a actuar en el organismo del Trabajo de la Sociedad de las Naciones. Por otra parte, las exigencias de la ‘solidaridad social’ a que los Estados deben acomodarse generan los nuevos deberes cívicos que se imponen a la persona, a la vez que suscitan la necesidad de un régimen jurídico en relación con las manifestaciones diferenciables del vivir colectivo, cuya forma más específica es el sindicalismo”<sup>13</sup>.

Así pues, las transformaciones sociales operadas en Europa y en España, también, inmediatamente antes de aprobarse la Constitución de 1931, imponían, a juicio de la doctrina de la época, constitucionalizar los derechos sociales en una declaración tendente a comprender la totalidad de la vida social. De ello se desprendería el consiguiente beneficio para tales

derechos derivado de la protección que les comunicaría la rigidez del constitucional y la creación por él de una jurisdicción constitucional.

### 3. EL PLAN SOBRE EL BIENESTAR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Pues bien, cuarenta y siete años después, contados desde 1931, la Constitución de 1978 retomaría este asunto y perfeccionaría el planteamiento de la Constitución republicana, pues incluye la vigente un amplio listado de derechos sociales tan ambicioso que no se exagera al calificarlo de un auténtico plan para el bienestar de los ciudadanos.

En efecto, de los derechos sociales se ocupa la Constitución de 1978 al atribuirle la consideración de Estado social a España, en su artículo 1.1; cuando en esa misma disposición señala que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político son los valores superiores del ordenamiento jurídico, y, en relación con ello, apela luego al pluralismo político y social en sus artículos 6 y 7; con ocasión de las declaraciones genéricas que integran los enunciados de los artículos 9.2 y 10.1; de modo que si, por medio del primero, se comprometen los poderes públicos a promover “las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”; en virtud del segundo conceptúa, como fundamento del orden político y de la paz social, “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”; de igual forma que al prohibir todo tipo de discriminación en virtud del principio de igualdad enunciado en el artículo 14.

Tales son los postulados sobre los cuales se asientan las medidas concretas de procura existencial contempladas en la Constitución. Allí enunciadas bien como derechos, precisados, eso sí, de actuaciones públicas para su efectiva realización, bien, más sencillamente, como compromisos de los poderes públicos en cuanto al desarrollo de determinadas políticas. De modo que su articulado contempla el acceso ciudadano a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (artículo 24.1); la reeducación y la reinserción social de los reclusos (artículo 25); acoge el derecho a la educación y la libertad de enseñanza (artículo 27); los derechos a la sindicación y a la huelga (artículo 28); la función social de la propiedad (artículo 33.2); el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción laboral y a una remuneración suficiente (artículo 35); el derecho a la negociación colectiva laboral y a adoptar medidas de conflicto colectivo (artículo 37); la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1), de los hijos y de las madres (artículo 39.2) y de los niños, prevista en los acuerdos internacionales (artículo 39.4); la promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y la distribución más equitativa de la renta regional y personal, así como la de una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1); el fomento de una política que garantice la formación y readaptación profesionales, la atención a la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas y la promoción de centros adecuados para su disfrute (artículo 40.2); el mantenimiento de un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (artículo 41); la atención a los emigrantes (artículo 42); el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1); la organización y tutela de la salud pública (artículo 43.2); el fomento de la educación sanitaria, la educación física y la adecuada utilización del ocio (artículo 43.3); la protección y tutela del acceso a la cultura (artículo 44.1); la promoción de la cien-

cia y de la investigación científica y técnica en beneficio del interés general (artículo 44.2); el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45.1); la atención al uso racional de los recursos naturales (artículo 45.2); la garantía de la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran y la promoción de su enriquecimiento (artículo 46); el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, así como, en relación con ello, la regulación atinente al uso del suelo, de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (artículo 47.1); la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción de los entes públicos (artículo 47.2); la promoción de las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (artículo 48); la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (artículo 49); la garantía, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, de la suficiencia económica de la tercera edad y la promoción de su bienestar a través de un sistema de servicios sociales que atienda a sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio (artículo 50); la defensa de los consumidores y usuarios atenta a la seguridad, la salud, y los legítimos intereses económicos de los mismos, así como la promoción de su información y educación (artículos 51.1 y 2); la regulación de las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios (artículo 52).

## **A. DE LA RELACIÓN SIMBIÓTICA ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS DE LIBERTAD. LAS IDEAS DE JUSTICIA Y DE DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS SOCIALES**

Tan completo es el tratamiento que reciben los derechos sociales en la Constitución

de 1978 y en tan intensa relación con los de libertad que ahora sí se percibe, con más claridad que en la de 1931, el binomio, más arriba aludido, entre ambas categorías de derechos; esto es, la existencia de una suerte de relación simbiótica entre unos y otros, a la que no son ajenas las ideas de dignidad humana y de justicia, en tanto que susceptibles de juzgarse como fundamentos objetivos de las mismas.

No en balde afirmaba Bökenförde, todavía acerca de la relación entre ambas categorías de derechos, que los derechos fundamentales “ya no tienen sólo un carácter delimitador negativo, sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado. Como contenido de la garantía no se presenta sólo la libertad jurídicamente abstracta, sino la real”. Lo cual entiende el autor citado que presupone dos cosas: “de un lado la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una especie de posición de garante para la implantación de la libertad en la realidad constitucional, y, del otro, el procuramiento de pretensiones de derecho fundamental a tales prestaciones estatales, o, en su caso, a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales”<sup>14</sup>.

A la importancia que adquiere la idea de justicia en la relación entre derechos fundamentales y derechos sociales se refiere Bökenförde en su trabajo “los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en donde sostiene que el punto de referencia sistemático-material para la idea de los derechos fundamentales sociales es la forma de organización de la libertad individual y social en el Estado de Derecho liberal-burgués y sus consecuencias sociales. Recuérdese que en él la libertad no es considerada resultante de la organización social sino anterior a ésta y que la igualdad jurídica, lejos de contribuir a relativizar la desigualdad natural y económica entre las personas, permite que se desarrolle<sup>15</sup>.

Ante esta situación, añade el citado autor, la idea de justicia inspirará la de los derechos fundamentales sociales, “no como contraprinzipio frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio de aseguramiento de la libertad”<sup>16</sup>; pues, si “la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización”<sup>17</sup>.

Los derechos sociales surgen cuando el Estado se hace cargo de cometidos hasta ese momento realizados por instituciones religiosas de distinto tipo como actos de caridad. A cuyo respecto no conviene olvidar que es un sentimiento, ni tampoco que el Estado carece de ellos. De tal modo que puede pasarse por alto qué circunstancia, si esa o cualquier otra, compartida por quienes actuaban en su nombre, le inspiró la decisión de asumir la ejecución de tales tareas. Lo importante son las consecuencias de ese acto, si en su virtud se crea una relación jurídica generadora de una obligación para el mismo, porque puedan exigirle que la cumpla sus destinatarios, quienes dispondrían entonces de un derecho. Del cual, si no está excluido nadie, cabe estimar fundado en la dignidad humana, como sucede con los derechos de libertad y parece entenderlo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su complemento en términos de exigibilidad jurídica en la esfera que nos ocupa, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Tratándose de los derechos fundamentales, así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional, como recuerda Francisco Bastida cuando, con base en su jurisprudencia, sostiene que en la Constitución española “la dignidad humana fundamenta el orden político y la paz social. Su configuración jurídica se erige en pieza básica del ordenamiento constitucional para cimentar ese orden político y la paz social. El concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y de la libertad de todos

los seres humanos por el hecho de serlo (STC 181/2000, F. J. 9º), plasmadas en aquellos valores del ordenamiento jurídico tal cual los establece el art. 1.1 CE y que se materializan en los derechos fundamentales del Título I”. Según el autor citado, además, “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto ‘valor espiritual y moral inherente a la persona’ (STC 53/1985, F. J. 8º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre”<sup>18</sup>.

En este sentido se estima aquí que los derechos sociales se asientan sobre la base de la dignidad humana, aun a sabiendas de que se trata de una cuestión discutible considerando la escasa atención doctrinal que ha recibido este asunto.

Acaso no sean muchas, en primer lugar, las reflexiones efectuadas en el pasado como las de Salvio, mediante la cual, recuérdese que hablaba de corresponderle al Estado liberal de su época la obligación de proteger no sólo el derecho del individuo sino también el respeto de su dignidad moral, estableciendo así un nexo jurídico entre los derechos de libertad y la dignidad que le llevaba a demandar de los poderes públicos el establecimiento de límites y frenos a la libertad contractual para que el egoísmo no oprimiese al que debía sufrirlo siempre.

Aunque nada tiene de particular, en segundo término, esa más que probable escasa atención doctrinal pretérita a la dignidad humana. Al fin y al cabo, se trata de una idea de nuevo cuño que se ha abierto paso en las normas constitucionales, como es el caso de la española, sin precisarse su alcance jurídico, no obstante<sup>19</sup>. Su reciente incorporación al terreno jurídico, vinculada, además, a los derechos de libertad, no es dudosa, sin embargo: ahora bien, es menester señalar en el ámbito que nos ocupa, que la dignidad se anticipa cabalmente vinculada a los derechos sociales con motivo de la adopción, el 10 de mayo de 1944, de la Declaración de Filadelfia en el marco de la Organización Internacional del Trabajo<sup>20</sup>. Con la misma filosofía, luego de sendas referencias todavía políticas a la dignidad de la Carta de

Naciones Unidas, en 1945, y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, la integrará entre sus contenidos la Ley fundamental de Bonn, en 1949. Más moderna aún es la referencia a la dignidad humana del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1966; y más interesante, por su conexión con el objeto de estas páginas, el lazo anudado cinco años antes entre la dignidad humana y los derechos sociales en la Carta Social Europea en 1961, bien que reducido al ámbito laboral, a la dignidad de la persona en el trabajo<sup>21</sup>; la Carta Social Europea revisada de 1996, por su parte, supera esa primera aproximación laboralizada, incidiendo en la protección de trabajadores y trabajadoras (art. 26), pero aludiendo a la dignidad en otros terrenos como el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social (art. 23).

Se comprende así la atención creciente que, en la actualidad, recibe de la doctrina la dignidad humana y sus posibles conexiones con los derechos fundamentales y sociales. De cuyas construcciones al respecto interesa traer a colación en estas páginas las formulaciones de Francisco Bastida. Pues, no en balde, defiende el posible carácter fundamental de los derechos sociales aun cuando, como sucede en España, reciban la consideración constitucional de principios rectores, con la ayuda de un impulso jurisprudencial en tal sentido<sup>22</sup>. Aunque no sin avisar sobre el riesgo de asistirse entonces a una mutación constitucional tanto de las relaciones entre el legislador y los jueces como de la posición de los derechos sociales, si constitucionalmente están concebidos como meros principios rectores de la política social y económica, con exclusión de su eficacia directa<sup>23</sup>. Y, en efecto, se asistirá entonces a una manifestación de gobierno judicial tan perniciosa como cualquier otra para el principio democrático sustentador del modelo de Estado que configura la Constitución española en su art. 1.1.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán se ha referido a la dignidad de la persona en varios pronunciamientos. De ellos sólo se destacará aquí, por la conexión

que establece entre ésta y los derechos sociales, la Sentencia de 9 de febrero de 2010 sobre la refundición de la prestación de desempleo de larga duración con las prestaciones sociales existentes hasta entonces en el Libro Segundo del Código de la Seguridad Social. En su virtud, el desempleado recibirá una prestación por tal causa, así como las personas de él dependientes incapacitadas para el trabajo, especialmente los niños que convivan con él. Estas prestaciones constituyen, en primer lugar, el estándar básico que busca asegurar el sustento y el destinado a financiar el alojamiento y la calefacción.

Pues bien, para el Tribunal las previsiones de la norma enjuiciada relativas a las prestaciones estándar para adultos no cumplen con lo requerido por el art. 1.1 de la Ley Fundamental, en conexión con el art. 20.1 de la misma, para garantizar el mínimo de subsistencia exigido por la dignidad humana. Hasta llegar a esta conclusión, comienza el Tribunal por sentar la premisa según la cual el derecho fundamental a garantizar el mínimo de subsistencia requerido por aquélla, debe asegurar a toda persona necesitada las condiciones materiales indispensables para su existencia física y para su participación en la vida social, cultural y política. Este derecho no es disponible por la Asamblea legislativa que, sin embargo, está obligada a darle forma concreta, y actualizarlo regularmente, de acuerdo con la situación de desarrollo del Estado y las condiciones de vida existentes. Acto seguido, examina el Tribunal Constitucional: 1) si la Asamblea legislativa ha asumido y definido el objetivo de asegurar la existencia del modo que exige la dignidad humana; 2) si ha escogido un método adecuado de cálculo para cuantificar el mínimo de subsistencia; 3) si ha tenido en cuenta los hechos en presencia; 4) si se ajusta a los límites de lo razonable de acuerdo con el método escogido.

Como resultado de todo ello el Tribunal estima que el subsidio estándar de 345 € no se ha calculado de una manera constitucional por haberse abandonado los principios estructurales del modelo estadístico seguido hasta la adopción del Libro Segundo del Código de la

Seguridad Social sin una justificación objetiva; y que la prestación de 207 € para niños menores de 14 años no satisface los requisitos constitucionales porque se deriva del subsidio estándar. Si bien, en su fallo, permite el Tribunal que la norma declarada inconstitucional se siga aplicando hasta su derogación por la Asamblea Legislativa mediante otra adaptada a lo exigido por las disposiciones constitucionales citadas en el sentido señalado por el Tribunal que ha de adoptarse antes de 31 de diciembre de 2010.

## B. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Algo se ha avanzado desde luego en el tratamiento constitucional de los derechos sociales desde el texto de 1931 al de 1978, pero no tanto que el beneficio atribuido a los mismos por dichas constituciones sea distinto. Quiere decirse con ello que los derechos sociales gozan en la Constitución vigente de la protección que le comunica su rigidez y la habilitación por ésta a la jurisdicción constitucional de la facultad para expulsar al ordenamiento jurídico a las leyes que contradigan sus definiciones constitucionales. La situación es idéntica a la que se produce en Europa, incluida Alemania, a cuya Constitución están referidas las siguientes reflexiones de Bökenförde. Para el cual, según ha quedado dicho, los derechos sociales enunciados en la Constitución no pueden fundamentar pretensiones reclamables judicialmente antes de su conformación por el legislador. Pero, si los derechos sociales no son inmediatamente aplicables ni exigibles por el ciudadano inmediatamente, ¿qué sentido tiene entonces su enunciado constitucional? No se le escapa al autor citada dicha circunstancia, relacionada con la significación misma de tales derechos, como lo revela su rechazo a considerarlos “simples proposiciones programáticas y no vinculantes”.

A su juicio son mandatos constitucionales, esto es, deberes jurídico-objetivos dirigidos al legislador y a la administración, en cuya virtud se consigue que el fin o programa del derecho

social correspondiente se sustraiga a la originaria libertad para fijar fines u objetivos por parte de los órganos políticos y se les presente como vinculante, en primer lugar; que sea “inadmisible la inactividad y la desatención del fin o programa” por los órganos del Estado, en segundo término; y que las medidas adoptadas para la consecución del fin se mantengan, de manera que la realización del mandato contemplado en ellas esté protegida “frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites de la desatención grosera”, por último<sup>24</sup>.

De acuerdo con ello, admite Bökenförde las “pretensiones de defensa de los particulares afectados frente a una inactividad, una desatención grosera o una supresión definitiva de las medidas adoptadas en la ejecución de mandato constitucional”<sup>25</sup>. Según se desprende de sus palabras, así como dicho autor niega absolutamente que los derechos sociales sean reclamables judicialmente, pues se refiere a pretensiones deducibles ante órganos de Estado de ningún modo obligados al inmediato cumplimiento del mandato constitucional —es decir, distintos del legislador y del gobierno o de la administración—, parece admitir la intervención del Tribunal Constitucional —tampoco comprometido con la concretización de ese mandato—, para pronunciarse, en los tres casos de abstención que señala —incluidos los que apelan al concepto jurídico indeterminado: “desatención grosera”—, mediante sentencias, claro está, de inconstitucionalidad por omisión.

Quizá se preste a defenderse esta idea con argumentos de lógica jurídica. Pero no se alcanza a vislumbrar en qué beneficia al Estado democrático de Derecho rechazar el gobierno de los jueces y aceptar el del Tribunal Constitucional. No se ve por qué negar a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de emplear la técnica de los intereses difusos o de amparar los derechos sociales por su conexión con derechos libertad —se avengan o no aquellos a ser considerados fundamento de éstos, como hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos, entre otros, *López Ostra c. España*,

*Moreno Gómez c. España o Botta c. Italia*<sup>26</sup>—, y admitir, en cambio, la tutela del Tribunal Constitucional mediante pronunciamientos de inconstitucionalidad por omisión.

Bastante ha costado a los juristas de muy diversa condición alumbrar todas y cada una de las técnicas expresadas como para despreciar ninguna. Admítanse todas y refuércense con la idea de dignidad humana y aun con la de integración; tal vez así se logre la construcción judicial de los derechos sociales fundamentales, por la que aboga Francisco Bastida. Al fin y al cabo, esto último es lo que ha hecho el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el pronunciamiento de inconstitucionalidad por omisión que incluye en su Sentencia de 9 de febrero de 2010, más arriba referida.

Refuércense con argumentos favorables a la justiciabilidad de los derechos sociales. A cuyo respecto quizá pudiera invocarse el art. 10.2 de la Constitución que, recuérdese, obliga a interpretar “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades”, enunciados en aquella, “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Desde luego que la expresión “a los derechos fundamentales y a las libertades” cabe entenderla referida, inmediatamente, a las rúbricas del Capítulo segundo del Título I —“derechos y libertades”— o a la Sección primera de dicho capítulo —“de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”—, ciertamente próximas en su literalidad respectiva con aquélla. Aunque vista desde la perspectiva inherente a la obligación que pesa sobre los poderes públicos de construir el Estado social invocado por el art. 1.1 de la Constitución, podría estimarse que la expresión referida alude a todo el Título I. Al fin y al cabo dicha obligación se aviene a sustentar la idea, extendida entre la doctrina y asumida en estas páginas, de corresponderle desempeñar a los derechos sociales la función de presupuesto necesario para el verdadero goce de los derechos de libertad.

Planteamiento este último que contribuyen a sustentar ciertos tratados internacionales,

suscritos por España, con los derechos sociales como objeto. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos<sup>27</sup>, en cuyo Preámbulo, claramente expresivo de su vocación complementaria de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se afirma expresamente que, con arreglo a la misma, “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

En parecidos términos se pronuncia el indiscutible complemento del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, esto es, la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, en su Preámbulo: “Recordando que la Conferencia Ministerial sobre los derechos del hombre, celebrada en Roma el 5 de noviembre de 1990, subrayó la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y, por otra parte, de dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso”.

Pues bien, quizá la idea que aquí se sostiene de considerar a los derechos de libertad y a los de prestación complementarios entre sí, avalada por tantas opiniones doctrinales y aun por los tratados internacionales citados, alienta a formular la pregunta de si los consignados en la Constitución, ya sean de una u otra clase, no demandan el mismo tratamiento contemplado en su art. 10.2. Dicho sea de otro modo, de acuerdo con una interpretación amplia de este último quizá pueda considerarse que la respectiva regulación constitucional de ambas categorías de derechos ha de interpretarse de conformidad con los tratados internacionales firmados por España sobre los mismos.

Eso beneficiaría a la garantía efectiva, cuando no a la justiciabilidad, de los derechos sociales que algunos tratados internacionales, en los que España es parte, reclaman para ellos. Téngase presente al respecto que ya en su versión original, de 1961, la Carta Social Europea

manifestaba en su Preámbulo que “el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social”. Formulación esta que podría haber inspirado la que, en su art. 2, incluye el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En donde dispone su párrafo primero que “cada Estado Parte se compromete a adoptar medidas (...), especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Sentado lo cual, añade su párrafo segundo que los Estados Parte “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Interesaba traer a colación la enorme similitud entre el párrafo del Preámbulo de la Carta Social Europea, más arriba citado, y el enunciado del art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los cuales muy bien podrían considerarse destinados a enunciar el principio de igualdad ante la ley y, por tanto, a proscribir la discriminación. Ninguna dificultad hay en aceptar que así sea, pero el que ambos tratados reiteren contenidos de sus correspondientes complementos normativos, previos en el tiempo; esto es, el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, por una parte, y el art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por otra, alienta a pensar que no son retóricos sus llamamientos a garantizar los derechos sociales que respectivamente incluyen. Con tanto mayor motivo en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues no en balde, como se ha visto, habla de garantizar el ejercicio de los derechos sociales, tras comprometer a los

Estados Partes a “adoptar medidas (...) para lograr (...), la plena efectividad de los derechos” allí reconocidos. Así vendría a confirmarlo la siguiente afirmación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General Núm. 9, titulada: “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”:

“El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación (aunque sin limitarse en modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales” (apartado 9).

A cuanto se lleva dicho conviene añadir que el Protocolo Adicional, de 1995, a la Carta Social Europea, contempla el procedimiento, de carácter cuasi judicial, sustanciable ante el Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>28</sup>, llamado “de reclamaciones colectivas”, que ha contribuido a garantizar efectivamente los derechos allí reconocidos. De sus resoluciones interesa destacar aquí las referidas al trabajo de los menores<sup>29</sup>, a la educación de las personas autistas<sup>30</sup>, y al derecho a la vivienda<sup>31</sup>.

Sin embargo, España no ha ratificado dicho Protocolo ni tampoco la Carta social Europea

revisada de 1996, que ha ampliado la lista de derechos recogidos en su versión inicial de 1961 con el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social y el derecho a la vivienda, entre otros. De ahí que las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales, necesariamente referidas a terceros países, carezcan de consecuencias directas en España, aun cuando nada impida a los jueces nacionales inspirarse en las interpretaciones de los derechos sociales efectuadas por dicho Comité. Como tampoco media ningún obstáculo para que se produzca la vinculación de los restantes poderes públicos españoles a las resoluciones de dicho Comité. Por lo demás, debe tenerse presente que las decisiones del Comité adoptadas en el mecanismo de reclamaciones colectivas se retroalimentan con las conclusiones alcanzadas por él en el sistema de informes y, por ende, por esta vía indirecta afectarán igual-

mente a España. El mandato interpretativo del art. 10.2 de la Carta Magna española resulta bajo tal ángulo enormemente fortalecido y dotado de sentido.

Ni que decir tiene que la ratificación española del referido protocolo de 1995 y de la Carta Social Europea revisada de 1996, abriría nuevos horizontes a la garantía de los derechos sociales. Una vez que se produjese, bastaría con crear los mecanismos necesarios para la ejecución en el ordenamiento interno de las resoluciones adoptadas por el Comité referidas a España. He aquí un mecanismo inmediato de justiciabilidad y un modo de portar en la praxis la bandera de la indivisibilidad de todos los derechos fundamentales, que será un mero elemento recurrente si no va acompañado de medidas concretas de puesta en práctica para su real efectividad.

## NOTAS

1. Cfr. *El Derecho civil y los pobres*. Versión española, con la autorización del autor, realizada por Adolfo Posada. Estudio preliminar sobre Reformismo social y socialismo jurídico por José Luis Monereo Pérez. Granada. Editorial Comares, S.L. 1998, pp. 146 y 147.
2. Cfr. “Los defectos sociales de las leyes vigentes en relación al proletariado y el derecho moderno”. *El Derecho civil y el proletariado*. Edición de Bartolomé Clavero, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 64.
3. Aunque sí en Francia, pues según decía: “al menos la Revolución francesa, en su segunda fase, mantiene realizable y viva la igualdad; mientras que en nuestras leyes se ofrece como un supuesto, sin proponer remedios posibles a la realidad de la desigualdad, sin hacer que la desigualdad de obligaciones y de derechos efectivos sea correlativa a la desigualdad de capacidad. El querer considerar y tratar de modo igual a personas desiguales crea la verdadera desigualdad y a este principio abstracto de igualdad que no tiene en cuenta las desigualdades sociales e individuales, se agrega la efectiva imposibilidad de actuar la justicia contra todos”. Cfr. *Ibíd.* p. 65.
4. Cfr. “El derecho social en la Constitución de la República española”. *Obras completas. Ensayos políticos y sociológicos*. Edición a cargo de Carolyn Richmond, Barcelona, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, 2007, p. 1150.
5. Cfr. *Ibíd.*
6. Cfr. *Ibíd.* p. 1150 y 1151.
7. “El hecho de que el conjunto de preceptos y declaraciones contenido en el capítulo II del título III represente una innovación para nuestro derecho constitucional es explicable con sólo representarse la fecha y circunstancias de la anterior Constitución, donde una regulación semejante no era presumible, y recordar las condiciones, universales y nacionales, en que ha advenido el texto de 1931; estas últimas condiciones imponían como inexcusable la constitucionalización del derecho económico y social”, añadía inmediatamente a continuación. Cfr. *Ibíd.*
8. Cfr. *Ibíd.*

9. Afirmación que fundaba en los planteamientos de Mirkin-Guetzávitich, según los cuales las Constituciones de postguerra —a las que habría que añadir la de México de 1917—, “siguiendo la tradición más general, contienen lista detallada de los ‘derechos esenciales de los ciudadanos’, y consagran capítulos especiales ‘a los derechos del hombre y del ciudadano, definiendo, a la vez, sus deberes’; pero, además, contienen disposiciones que se inspiran en las nuevas tendencias y concepciones sociales”. *La reforma constitucional*. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1931, p. 81.

10. A cuyo propósito recordaba las palabras de Mirkin-Guetzávitich mediante las cuales destacaba éste que el derecho al trabajo “proclamado en 1848 e inscrito en la constitución de ese año, se encuentra hoy más explícitamente desarrollado en la Constitución de Weimar”. *Ibíd.* p. 82.

11. También esto seguía de cerca a Mirkin-Guetzávitich. *Ibíd.* p. 82.

12. Cfr. *Ibíd.* p. 83.

13. Cfr. *Ibíd.* pp. 83 y 84.

14. Cfr. “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”. *Escritos sobre derechos fundamentales* (traducción de Ignacio Villaverde Menéndez). Baden-Baden, Nomos, 1993. p. 63.

15. “De la actuación de la libertad jurídica general igual para todos resulta así necesariamente la desigualdad social, la cual se consolida a través de la garantía de la propiedad y se convierte en una no-libertad a lo largo de generaciones”, añade. Cfr. *Escritos sobre derechos fundamentales* (traducción de Juan Luis Requejo Pagés). Cit. p. 73.

16. Según añade el autor citado, así como “en la organización liberal burguesa se presupone tácitamente la propiedad y el trabajo como fundamento de la vida social, ahora se hacía evidente que en modo alguno la propiedad y el trabajo tienen que sobreentenderse en la lógica de esta organización de la libertad, sino que más bien tienen que ser primero producidos y asegurados”. Cfr. *Ibíd.*

17. Cfr. *Ibíd.* pp. 73 y 74.

18. Cfr. “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009 (2ª edición), pp. 131 y 132.

19. Cfr. Diego Valadés: “Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Núm. 12, 2009, p. 23/38.

20. En dicha Declaración, que figura como anexo al texto de la Constitución de la OIT, se señala expresamente: “a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.

21. En realidad, en la Carta de 1961, la referencia a la dignidad se recoge de modo implícito a través de otras nociones, como condiciones de trabajo “equitativas” (art. 2) o remuneración que permita al trabajador y su familia un nivel de vida “decoroso” (art. 4). El nuevo art. 26 (derecho a la dignidad en el trabajo) constituye una gran aportación de la Carta revisada de 1996, que afronta la problemática del *mobbing*.

22. En el mismo sentido, ha subrayado María José Añón en una excelente contribución publicada recientemente (“Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, n.º 43, 2010) que en el contexto de la teoría jurídica de los derechos sociales han de quedar superadas las fricciones resultantes de dos perspectivas dogmáticas distintas (constitucional e internacional), salvando con convincente argumentación los principales obstáculos para una teoría de los derechos fundamentales que integre a los derechos sociales, e incidiendo especialmente a tal efecto en las posibilidades interpretativas, conceptuales y de eficacia que pueden derivar de la tesis de la interdependencia entre los derechos. En efecto, compartimos con la citada autora que la consideración de los derechos sociales como fundamentales viene reforzada por la incorporación de las normas de Derecho internacional de los derechos humanos, vía que —como ella bien expone— queda abierta por los artículos 10.2 y 96 de la Constitución española; en tal sentido, los derechos sociales habrían recibido según María José Añón el impulso

jurisprudencial en el ámbito interno de los Tribunales internacionales regionales y de los Comités de vigilancia de los Tratados y Pactos de derechos humanos en materia de derechos sociales.

23. Cfr. “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”. Cit. pp. 148 y 149.

24. Cfr. *Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución*. Cit. p. 81.

25. Cfr. *Ibíd.*

26. En él declaró el Tribunal Europeo de Derechos humanos que el concesionario de una playa en Italia tenía la obligación de adaptarla a uso de discapacitados, porque “limitar la noción de vida privada al sólo plano afectivo no se correspondería con la orientación jurisprudencial de la Corte que se inspira en una lógica pragmática de buen sentido, más que en el formalismo o en la simple técnica jurídica”. De modo que, como puede comprobarse, sostiene dicho Tribunal un concepto de vida privada amplio que abarca la integridad física y moral del individuo inserto en el contexto social. Esta justiciabilidad de un derecho de tercera generación vinculándolo a otro clásico de libertad parece haberse producido en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Sibil c. Eslovenia*, de 28 de junio de 2007, *Colak y otros c. Alemania*, de 4 de diciembre de 2007 y *Taravieva c. Rusia*, en las se apela a salud; *Rivier c. Francia*, de 11 de julio de 2006, en la que se hace lo propio con la salud de los detenidos; *Kontrova c. Eslovaquia*, de 31 de mayo de 2007, que habla de menores; así como *Vincent c. Francia*, de 24 de octubre de 2006 y *Scoppola c. Francia*, de 10 de junio de 2008, referidas a la detención de minusválidos

27. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea general de Naciones Unidas en su resolución 2200<sup>a</sup> (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y cuya entrada en vigor se produjo el 3 de enero de 1976, de conformidad con lo dispuesto en su art. 27.

28. Hasta 1998 denominado Comité de Expertos Independientes.

29. Reclamación colectiva Núm. 1/1998 (*Comisión Internacional de Juristas contra Portugal*, decisión de fondo de 9 de septiembre de 1999).

30. Reclamación colectiva Núm. 13/2002 (*Asociación Internacional Autismo-Europa contra Francia*, decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003).

31. Reclamación colectiva Núm. 15/2003 (*Centro de Derechos para los Gitanos Europeos contra Grecia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004).

## RESUMEN

A diferencia del Estado liberal, el Estado social emerge de un concepto formal y específico de libertad, igualdad y dignidad. Basado en este credo, promueve la justicia y el desarrollo y la capacidad de todos los ciudadanos de disfrutar y ejercer sus derechos sociales y económicos —derechos previamente desatendidos por el liberalismo abstencionista— de forma que ninguna persona quede por debajo de un nivel mínimo de subsistencia. Con este objeto el Estado interviene en la sociedad civil, corrige las desviaciones del mercado sin suprimirlo, dirige y administra parcialmente la economía. Pero, sin caer en el autoritarismo, el Estado social debe estar bajo el principio de legalidad y ser democrático, esto es, funcionar con el principio de seguridad jurídica y con la participación de la misma sociedad que dirige, una sociedad no tanto atomizada en individuos, sino *organizada* en toda clase de asociaciones e instituciones. Esto dispone un Estado/sociedad dialéctica en la cual el anterior interviene en la última, que, en parte, participa en el proceso de toma de decisiones en los distintos niveles del Estado. Hoy el Estado social disputa su batalla más fuerte contra una crisis económica sistémica de dimensiones globales.

## PALABRAS CLAVE

ESTADO SOCIAL, PRINCIPIO DE LEGALIDAD, DERECHOS SOCIALES, IGUALDAD, DEMOCRACIA, CRISIS ECONÓMICA

## ABSTRACT

Contrary to the Liberal State, the Welfare State arises from a formal and specific concept of freedom, equality and dignity. Based on this creed, it aims at justice and development and at enabling all citizens to enjoy and exercise their social and economic rights —rights previously neglected by abstentionist liberalism— such that nobody remains below their rightful minimum subsistence level. To do so the State intervenes in civil society, corrects market deviations without suppressing it, directs and partly manages the economy. But, so as not to fall into authoritarianism, the Welfare State must be under the rule of Law and be democratic, that is, function in accordance with the principle of legal certainty and with the participation of that same society it leads, a society no longer atomized into individuals but *organized* into all sorts of associations and institutions. This establishes a State/society dialectic in which the former intervenes in the latter, which, in turn, participates in the decision-making process at the different levels of the State. Today the Welfare State is fighting its toughest battle against a systemic economic crisis of global dimensions.

## KEY WORDS

WELFARE STATE, RULE OF LAW, SOCIAL RIGHTS, EQUALITY, DEMOCRACY, ECONOMIC CRISIS

## Antonio Torres del Moral

Catedrático de Derecho Constitucional  
UNED

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Dos largos siglos en unas breves páginas: A. La lenta evolución del Estado liberal. B. El Estado de servicios públicos. C. El constitucionalismo social. D. Su impugnación y su pretendida superación. E. Constitucionalismo democrático. 3. Hombre y sociedad, valores y derechos: A. Ideas previas. B. Libertad, igualdad, dignidad. C. Pluralismo. D. Solidaridad. E. Nuevos derechos. 4. Un nuevo tipo de Estado. 5. Convergencia de los constitucionalismos liberal, social y democrático: A. Simplificando conceptos. B. El Estado de Derecho como nexo y la democracia como término. C. Grados de socialidad, de democracia y de juridicidad estatal. 6. Manifestaciones del Estado social en la Constitución española: A. La fórmula del artículo 1.1 de la Constitución española. B. Otros preceptos y conjuntos normativos. C. Breve referencia al pluralismo y a la solidaridad. D. Igualdad ante la ley e igualdad real y efectiva. E. Valor y eficacia de los principios de política social y económica. F. El Estado social como interventor y regulador de la economía: la “constitución económica”. G. El Estado social como Estado de cultura: la “constitución cultural”. 7. Estado social, Unión Europea y crisis económica: la difícil solidaridad.

### 1. INTRODUCCIÓN

Tras la reunificación alemana, una acreditada luchadora en favor de los derechos humanos, Bärbel Bohley, exclamó desilusionada: “Queríamos justicia y nos entregaron el Estado de Derecho”. Repárese en que decía esto refiriéndose al régimen germano-federal, que es el que la doctrina invoca permanentemente como ejemplo de Estado social y democrático de Derecho. Se infiere que, para ella, el Estado de Derecho era un simple simulacro formal que no garantizaba los derechos ni la justicia. Este mismo concepto es sustentado por muchos juristas y politólogos, y creo poder aventurar que también la opinión pública mayoritaria. Como dice atinadamente D. VALADÉS, con frecuencia se ha confundido el principio jurídico del Estado de Derecho con el discurso político conservador de “ley y orden”<sup>1</sup>.

Ahora bien, ¿es ajustado y preciso ese concepto de Estado de Derecho? De ser correcto, el sintagma “de Derecho” sólo añadiría al término “Estado” la mera preocupación de los poderes públicos de ajustar sus actos a una norma, sea ésta la que fuere, sea previa, posterior o adoptada para darles ficticia cobertura

ra. En tal caso, estaríamos ante un concepto inútil, una caricatura del Estado de Derecho, apostilla E. BENDA<sup>2</sup>; o peor aún: nocivo por demagógico y encubridor de la arbitrariedad y de la irresponsabilidad del poder. Evidentemente podríamos decir lo mismo respecto de las locuciones “Estado social de Derecho” y “Estado democrático de Derecho”. Lamentablemente habríamos perdido casi dos siglos en logomaquias y nominalismos.

KELSEN entendía que todo Estado es Estado de Derecho, aunque matiza su afirmación añadiendo que lo es en el sentido formal de esta expresión: “Todo Estado tiene que ser Estado de Derecho en sentido formal, puesto que todo Estado tiene que constituir un orden coactivo... y todo orden coactivo tiene que ser un orden jurídico”<sup>3</sup>. Sin embargo, la idea de Estado *de* Derecho se acuña precisamente para expresar algo más que Estado *con* Derecho.

Con esta distinción elemental comienza nuestra reflexión. Lo que sigue es menos fácil de escribir y de leer. Así son las cosas: quien prefiera exposiciones sencillas es mejor que prescindiera de este capítulo. Pero, si le presta atención, acaso al concluirlo estime que no ha perdido su tiempo.

## 2. DOS LARGOS SIGLOS EN UNAS BREVES PÁGINAS

### A. LA LENTA EVOLUCIÓN DEL ESTADO LIBERAL

Dejando a un lado los precedentes remotos, como ARISTÓTELES, seguramente es LOCKE quien mejor representa el inicio teórico de lo que será el Estado constitucional y representativo que más adelante será llamado “de Derecho”. MONTESQUIEU insiste y desenvuelve esta vía de la institucionalización jurídica del poder. ROUSSEAU erige la supremacía de la ley en dogma político que alcanzará fortuna desde la Revolución hasta nuestros días. Y SIEYÈS habla de la necesidad de combinar en la Constitución múltiples precauciones por las que el poder se vea constreñido a someterse a formas ciertas que garanticen su aptitud para el fin que debe alcanzar y su impotencia para separarse de él. En fin, entre las fuentes filosóficas del concepto de Estado de Derecho se suele citar a KANT y a HUMBOLDT; ambos consideraban la libertad individual como límite de la acción estatal y el primero de ellos erigía el Derecho positivo, con preferencia sobre la moral, en criterio de corrección de la acción política.

En el concepto que nos ha llegado de Estado de Derecho, expresión acuñada en 1832, han confluído varias tradiciones y construcciones jurídicas: la francesa de la Constitución como división de poderes y garantía de la libertad, además de la ley como expresión de la voluntad general, reúne en sí elementos que el Estado de Derecho hará suyos; las doctrinas alemana e italiana del Derecho público, en la primera de las cuales se gestó la expresión Estado de Derecho (*Rechtsstaat*), y la construcción inglesa del *rule of law*, que incorpora varios elementos importantes a la juridicidad estatal<sup>4</sup>: la exclusión de todo poder arbitrario, la precedencia histórica de los derechos individuales de los ingleses y los requisitos de un proceso legal<sup>5</sup>.

En cualquiera de estos antecedentes, o en la resultante de los tres, estamos ante una teoría que, situada en su contexto histórico, estaba

conectada a los valores liberales de la época, unida a la idea de la garantía de los derechos individuales civiles y políticos, los derechos propios de lo que se ha denominado primera generación. Son los derechos “naturales” de la burguesía decimonónica, los cuales no requerían del Estado prestaciones sociales, sino sólo vigilancia y represión de las posibles perturbaciones.

La expresión “Estado de Derecho” fue, si no utilizada por primera vez, sí consagrada por R. von MOHL en el marco de las monarquías limitadas de los Estados germánicos. Se trataba de evidenciar la necesidad de establecer un correcto sistema de fuentes en el que se distinguieran claramente las de procedencia parlamentaria y gubernamental, asegurando la superioridad de las primeras y el consiguiente sometimiento de las segundas al Poder Judicial; de ceñir a Derecho la actuación de los poderes públicos y de respetar los derechos reconocidos en el Ordenamiento.

La idea de Estado de Derecho, dice GARCÍA-PELAYO, introduce en el funcionamiento del sistema político la normalización, la racionalidad y, por tanto, la seguridad jurídica, haciéndose residir la justificación o legitimidad del Estado en la legalidad del ejercicio del poder<sup>6</sup>. Max WEBER construyó con estos elementos su tipo ideal de *legitimidad racional*.

Con el tiempo, este modelo de Estado liberal de Derecho será corregido, y complementado con ideas sociales y democráticas; las cuales, sin embargo, ya existieron en el mismo origen del Estado liberal, fundamentalmente los principios de igualdad y solidaridad. No es que la Revolución francesa instituyera un Estado social de Derecho, sino que entre la ideología que informaba a una parte importante de sus protagonistas anidaban esas ideas y latían esos propósitos. Ideas provenientes del pensamiento igualitario de ROUSSEAU y recibidas por ROBESPIERRE, principal ideólogo de esta vertiente social de la Revolución, y por BABEUF y el movimiento de *Los Iguales*.

Así, por ejemplo, ROBESPIERRE, en plena Asamblea Constituyente de 1791, se opuso

al sufragio censitario defendido por SIEYÈS arguyendo que significaría la destrucción de la igualdad<sup>7</sup>. Esta apuesta por el derecho universal (masculino) de sufragio cobró fuerza, se puso en práctica en las elecciones de 1792 y fue incorporado a la Constitución girondina de 1793. Más aún: ya CONDORCET había abogado por el sufragio femenino varios años antes con argumentos incontestables de índole ética y política<sup>8</sup>. Y no olvidemos que en plena Revolución, en 1791, se publicó la *Declaración de Derechos de las Mujeres y de las Ciudadanas*.

CONDORCET, además, se muestra decidido partidario de la abolición de la esclavitud y de la extensión de los derechos a todas las razas<sup>9</sup>. Y ROBESPIERRE, en su Discurso de 2 de diciembre de 1792, propuso la adopción de una política de marcado carácter social: “El primer derecho es el de existir. La primera ley social es aquella que garantiza a los miembros de la sociedad los medios de existir; todas las demás están subordinadas a ella”. Y, en fin, el régimen de la Convención auspició una legislación social, aprobando, por ejemplo, las *bases de la organización del socorro público*.

Fue en la Constitución jacobina de 1793 donde se hizo la primera formulación histórica de los derechos económicos y sociales. Así, el artículo 21 establece:

“El socorro público es una deuda sagrada. La sociedad debe asistencia a los ciudadanos desgraciados, bien procurándoles trabajo, bien asegurando los medios de existencia para aquellos que no están en situación de trabajar”.

Lo cual es una primera y temprana formulación de lo que, si no Estado social, sí podríamos considerar *Estado asistencial*, por más que fuera agostado durante el transcurso de la propia Revolución. Después de Waterloo, las monarquías europeas tras la cual los Estados europeos buscaron un *modus vivendi* entre el Antiguo Régimen y los nuevos tiempos en forma de monarquías moderadas, sufragio censitario y libertades económicas. La Constitución del Estado se reducía —y no era poco frente a la época absolutista— a distribuir el poder y su funcionamiento entre varios órganos precisamente en garantía de esas libertades. No en

vano la solía llamar *Constitución política*, denominación que todavía reza en el título de algunas, tanto de Europa como de Iberoamérica.

¿Y la sociedad: no queda “constituida” al tiempo que el régimen político del que se dota? Sí, pero indirectamente. La sociedad civil debía funcionar por sí misma en torno a la autonomía de la voluntad, el derecho de propiedad, la libertad de comercio e industria. Su “constitución”, la *constitución social*, eran el Código Civil y el de Comercio. El Estado gendarme vigilaba el correcto funcionamiento de la sociedad y sólo intervenía en caso de alteración de la misma para poner las cosas en su primitivo lugar. Los instrumentos para ello eran el Código Penal y las leyes de procedimiento civil y criminal. *El siglo XIX europeo es más el siglo de la codificación que del constitucionalismo*.

## B. EL ESTADO DE SERVICIOS PÚBLICOS

La idea de dotar al Estado de un más acentuado carácter social renació a mediados del siglo XIX y no dejaría de intensificarse desde entonces aunque haya habido algunos retrocesos importantes; y algunos Estados, como el nuestro, tardarían aún en incorporarse a tal evolución. La expresión “Estado democrático y social” fue utilizada por primera vez durante la revolución de París de 1848 y la Constitución francesa de dicha fecha definió el régimen que instauraba como *República social*. La fórmula “*Estado de Derecho democrático y social*” fue utilizada también por Louis BLANC basándose en OWEN<sup>10</sup>. En fin, L. von STEIN abogó por la reforma social como único modo de evitar la revolución y F. LASSALLE y los círculos marxistas y socialdemócratas alemanes se inclinaban por la democracia social, con protagonismo del mundo del trabajo e intervencionismo estatal<sup>11</sup>.

Pero, en la realidad política, el camino del Estado liberal hacia el social pasó por un estadio intermedio: el denominado por algunos autores *régimen administrativo de servicios públicos*.

En efecto, pese al abstencionismo profesado por el régimen liberal y la consiguiente reducción (teórica) a su mínimo indispensable, los Estados liberales fueron siempre todo lo fuertes que necesitaron ser, como lo prueban sus políticas internacionales, coloniales y bélicas. Y, de otro lado, la creciente complejidad social y la necesidad de crecimiento económico hicieron nacer, junto a las funciones estatales de seguridad interior y exterior, finanzas y justicia, la de *fomento*, cuyo nombre, al decir de SÁNCHEZ AGESTA, “es el mejor signo de la actitud del Estado en los nuevos tiempos”. Con base en esta nueva función, el Estado asumió un mayor protagonismo social, interviniendo en ciertos sectores de la economía, de los que el ferrocarril fue acaso el ejemplo más destacado, pero no único. Y añade el autor citado: “Un siglo después, esa humilde simiente será el árbol frondoso de servicios del Estado actual”<sup>12</sup>.

La doctrina del Derecho público acusó el impacto conforme el Estado incrementaba su presencia social. Así, SANTAMARÍA DE PAREDES, hacia 1889, reconocía que, junto a su fin permanente de mantenimiento del orden social, el Estado intervenía, en general, en todos los fines de la vida colectiva. F. DE LOS RÍOS explicaba que, en nombre de la justicia, se exige al Estado que intervenga en los intereses encontrados de los grupos sociales y que recabe para sí la gestión y administración de unos servicios que antes no le estaban encomendados; “*y de aquí ha nacido el concepto jurídico de servicio público*”, definido por el fin que pretende cumplir: asegurar a la sociedad el funcionamiento de un servicio que ésta estima indispensable<sup>13</sup>.

Esto significó una primera corrección del régimen liberal e incluso la configuración de un régimen político diferenciado, antecedente del Estado de bienestar, en el que los ciudadanos exigían del Estado prestaciones positivas para alcanzar cotas efectivas de libertad y poder participar en un mercado que sin esas ayudas les era inasequible. El Estado respondió tomando a su cargo cada vez más servicios públicos. Fue DUGUIT el teórico más importante de esta

transformación del Estado, llegando a sostener que éste no se identificaba ya por su soberanía, sino por los *servicios públicos* que prestaba<sup>14</sup>.

### C. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

El constitucionalismo fue incorporando cada vez más preceptos relativos a las medidas que puede o debe poner en marcha el Estado, amén de ir asumiendo también algunos derechos sociales, comenzando por el de asociación y terminando por los referentes a la llamada “cuestión social”; vale decir la relativa al mundo laboral. Todo ello de modo devolutivo, sin rupturas<sup>15</sup>. Dicho con otras palabras: *se procedió a la creciente adopción de un constitucionalismo social al tiempo que se iba modificando parcialmente el funcionamiento del Estado sin perder su identificación liberal*.

Suele cifrarse en la Constitución mexicana de 1917 el inicio del constitucionalismo social por su reconocimiento de una buena gavilla de derechos sociales. Hasta hace un par de décadas se citaba también a igual fin la Declaración del Pueblo Trabajador y Explotado, que el régimen soviético hizo el mismo año. La primera de estas dos referencias puede tomarse sólo como parcialmente válida por cuanto la efectividad de aquellos derechos fue bien escasa, aunque resultó ser un claro indicio de la nueva tendencia de los constituyentes de la época. La segunda más vale tenerla como no puesta por razones de la total ausencia de constitucionalismo en dicho régimen. A este respecto, hemos de estar precavidos para no otorgar la calificación de sociales a regímenes autoritarios y totalitarios, como el bismarkiano, que acogió la idea de socialidad estatal sólo como estrategia política frente a la burguesía liberal, o los populismos, bonapartismos, peronismo e incluso fascismos, todos los cuales suelen presentarse como “regímenes de fuerte acento social”.

La Constitución alemana “de Weimar” (1919) acogió algunas de las nuevas ideas y ciertos derechos sociales, si bien la jurisprudencia los vació de contenido. Poco después haría lo propio nuestra Constitución segundo-

rrepublicana de 1931, que diseñó un sistema de economía mixta y reconoció derechos sociales; todo ello con similar inoperancia, incluso por causas similares.

H. HELLER utilizó en 1929 la expresión *Estado social de Derecho*, como posible vía de solución de la crisis del régimen liberal del primer tercio del siglo XX buscando superar la diferencia entre la formalización jurídica de los derechos y su ejercicio efectivo por parte de todos. Lo cual requería, de un lado, el reconocimiento de ciertos derechos económicos y sociales, y, de otro, la aportación, por parte de los poderes públicos, de las prestaciones necesarias para poder acceder a ellos.

Comenta D. VALADÉS que la concepción helleriana del Estado social de Derecho permitía a la burguesía y al movimiento obrero “alcanzar un equilibrio jurídicamente regulado... particularmente mediante la limitación de la propiedad privada, la subordinación del régimen laboral al Derecho, la intervención coactiva del Estado en el proceso productivo y la traslación de la actividad económica del ámbito del Derecho privado al campo del interés público”<sup>16</sup>.

Como precisa C. de CABO, el Estado social representó la quiebra del principio liberal de la armonía espontánea de la sociedad y, por el contrario, admitió que el orden social “no es algo dado, un resultado natural, sino que tiene que perfeccionarse a través de la actuación del Estado tanto en el nivel económico como en el social”<sup>17</sup>.

Tras la Segunda Guerra Mundial, algunas Constituciones incorporaron la expresión “Estado social de Derecho”, en tanto que otras, sin hacerlo, se situaron en línea con el mismo a la hora de regular los derechos sociales, así como de adaptar el aparato institucional para mejor servir a los nuevos fines que asumía.

El artículo 2º de la Constitución italiana hace referencia a los derechos del hombre ya como individuo, ya en las formaciones sociales en las que se integra y desarrolla su personalidad, y demanda el cumplimiento de los *deberes de solidaridad política, económica y social*. Y el

muy conocido y citado párrafo 2º del artículo siguiente, claro antecedente de nuestro artículo 9.2 constitucional, atribuye a la República la tarea de *remover los obstáculos* de orden económico y social que limiten la libertad y la igualdad de los ciudadanos e impidan el desarrollo de su personalidad y la participación efectiva de los trabajadores en la vida económica y social del país.

El artículo 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn define el Estado como federal, democrático y social. Y el artículo 28.1 somete las Constituciones de los Länder a la misma disciplina, debiendo adoptar los principios del Estado de Derecho, republicano, democrático y social.

Esta “moda” constitucional alcanzó igualmente a dos Constituciones francesas, correspondientes a la IV y V Repúblicas (1946 y 1958). Esta segunda hace una remisión *in integrum* al Preámbulo de la anterior y a la clásica Declaración de Derechos de 1789, amén de definir la Vª República como indivisible, laica, democrática y social, que asegura la igualdad ante la ley (art. 2º).

## D. SU IMPUGNACIÓN Y SU PRETENDIDA SUPERACIÓN

Diversos autores, a cuya cabeza suele citarse a FORSTHOFF, impugnan el Estado social. Para el autor alemán, existe incompatibilidad constitucional entre el Estado de Derecho y el Estado social: el primero basa sus instituciones en la idea (negativa) de limitación y el Estado social en la idea (positiva) de participación; aquél consiste en la institucionalización de valores y en la garantía de las libertades clásicas, que son libertades-resistencia frente al poder público, mientras que el Estado social significa la asunción, por parte de dicho poder, de las prestaciones y redistribución de la riqueza que exigen los derechos sociales. El ciudadano “vive del Estado”, de esas prestaciones y ya no vota conforme a sus principios, sino según su situación particular y según lo que espera del equipo que ocupe el poder; todo lo cual puede

desembocar en un totalitarismo aun más poderoso que el nacionalsocialista<sup>18</sup>.

Para HAYEK lo problemático del Estado benefactor no reside tanto en los fines que persigue cuanto en los métodos que emplea, muchos de los cuales comportan un riesgo para la libertad. En efecto, al redistribuir la renta retrocede fatalmente hacia el periclitado socialismo y lo sustituye porque persigue sus objetivos y adopta sus métodos coactivos y arbitrarios<sup>19</sup>.

Tales tesis han sido amplia y suficientemente contestadas por muchos autores, muy destacadamente BACHOFF<sup>20</sup>, y por la realidad política misma, que ha seguido el camino inverso del señalado, sin que unas décadas más tarde se hayan hecho realidad los temores de absolutismo ni haya asomado la alarma del totalitarismo. K. DOEHRING niega la contraposición entre lo social y lo democrático; antes al contrario, lo que se exige al Estado social es crear las condiciones idóneas para que los ciudadanos se capaciten a fin de tomar ellos mismos sus decisiones, lo que significa que ganan en libertad real, y es en ese clima donde puede tener lugar el libre desarrollo de su personalidad. Esta concepción lleva a negar que la igualdad y la libertad sean antagónicas e incluso que la primera sea límite de la segunda. Más preciso es decir que el principio que informa el Estado social de Derecho es el de *libertad igual*<sup>21</sup>.

No le falta razón a FORSTHOFF cuando afirma que puede haber Estado social con sus correspondientes funciones sin necesidad de que la Constitución incorpore aquella expresión ni estas funciones a su articulado. De hecho, los hay. De la misma manera, puede haber y hay democracia sin necesidad de que esta palabra, o el sintagma *Estado democrático*, figuren en el texto constitucional. Dígase lo mismo para el Estado de Derecho, para la división de poderes y para las garantías constitucionales, por no alargar en demasía esta relación. Lo verdaderamente decisivo es que los haya, no que se declare expresamente que son así o van a serlo.

Esto no significa que estemos ante una operación retórica o una simple moda del consti-

tucionalismo (ya no tan) reciente. Entre otros motivos porque aparece nada menos que en la definición del régimen que el texto constitucional instaura, por lo que debe servir aunque sólo sea como pieza de interpretación y de refuerzo de determinados contenidos de dicho texto.

En primer lugar porque una correcta interpretación constitucional debe tender, salvo imposibilidad lógica manifiesta, a no prescindir de ningún precepto ni del más mínimo inciso del texto; porque, en principio, nada o casi nada incorporado a una norma carece absolutamente de significado, menos aún si lo está en el texto constitucional. En segundo término, y más importante, porque es obligado agotar todas las posibilidades hermenéuticas para encontrar dicho sentido a una expresión que aparece nada menos que en la definición del régimen que el texto constitucional instaura; por tanto, aunque sólo sea como pieza de refuerzo, puede ayudar en determinadas ocasiones a inclinar la interpretación de un determinado precepto en su aplicación a un caso concreto, máxime en países, como el nuestro, de claro predominio del Derecho escrito.

Otra cosa es que, como sostuvo C. MORTATI<sup>22</sup>, no sea necesaria la cláusula para que exista un Estado social si extiende los derechos e integra los principios de solidaridad y libertad que el Estado liberal veía como opuestos. El ejemplo más obvio es la propia Constitución italiana, que recoge e incorpora los principios mentados y los derechos sociales y no, en cambio, el sintagma de referencia. Pero una cosa es que en supuestos como el mentado no sea estrictamente necesaria y otra que sea superflua o inútil, como pretende GIANNINI.

Ahora bien, las cláusulas de socialidad o de democracia estatal no pueden prevalecer sobre un articulado que dispone las piezas del sistema en sentido contrario. Deben ser interpretadas dentro del sistema jurídico que se perfila en el resto del articulado. Y, aunque estimo que no es éste nuestro caso, no nos debe extrañar que sean menos utilizadas por la jurisprudencia alemana y española de lo que cabría esperar en un principio, aunque sí lo son por la doctri-

na más o menos científica. Ello es así porque si, estudiando una determinada materia o enjuiciando un caso concreto, puede llegarse a la misma conclusión utilizando solamente los preceptos concretos que regulan expresamente el instituto o derecho correspondiente, no hay por qué proceder a mayor abundamiento, que casi siempre es señal de debilidad dialéctica.

Para M. ARAGÓN, es un principio orientador de la acción del Estado hacia la reducción de la desigualdad<sup>23</sup>. Y, según A. FERNÁNDEZ MIRANDA, siendo una cláusula finalista por cuanto persigue una sociedad más justa y más igualitaria, “no puede hacerlo... sino a través [de] medios, y son éstos los que determinan el verdadero contenido jurídico... La cláusula impone mandatos y fija límites, pero sustancialmente es una poderosa cláusula de habilitación para la legitimación de políticas públicas orientadas al fin propuesto (...) La cláusula jurídica constitucional del Estado social está orientada a posibilitar la conquista del Estado de bienestar (o sociedad de bienestar) pero ni lo garantiza ni podría garantizarlo”<sup>24</sup>.

No obstante lo cual, el Tribunal Constitucional ha hecho uso a veces de ella<sup>25</sup> para admitir la vigencia de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares, singularmente en materia de Derecho laboral.

Por lo demás, apenas nos detendremos en una cuestión sobre la que se discutió algo en la última fase del último proceso constituyente español y primeros años subsiguientes y que hoy no supera lo anecdótico; a saber: que el orden de los adjetivos “social” y “democrático” era intencionadamente inverso al de la Constitución alemana y venía a significar la admisión por nuestra Norma Suprema de una *deriva socialista* del régimen político. El orden de dichos términos se cambió precisamente por una enmienda socialista defendida por PÉREZ BARBA, muy cercano profesional e ideológicamente a E. DÍAZ, autor que diez años antes había sostenido la tesis de la superación del Estado social de Derecho (neocapitalista), como mero estadio intermedio, por el Estado democrático de Derecho, de signo socialista y “verdadero” Estado de Derecho<sup>26</sup>. El autor

incluso creía atisbar en Europa una evolución de los Estados sociales occidentales y de las repúblicas comunistas del Este hacia ese Estado democrático (socialista) de Derecho.

Hasta podríamos decir que el cambio mencionado fue un cierto homenaje del constituyente a tan calificado profesor, torpemente represaliado por el franquismo. Pero ciertamente se trata de una tesis teóricamente insostenible, pulverizada en la práctica y apenas esgrimida hoy por nadie. La crítica, a la vez recia y deferente, que le hizo en su momento A. E. PÉREZ LUÑO desmonta su endeble andamiaje con relativa facilidad<sup>27</sup>. Otro tanto puede decirse del comentario que le dedicó A. GARRORENA<sup>28</sup>.

A mi juicio, además de otras flaquezas, se le puede señalar que la demostración por eliminación es poco concluyente. El autor de referencia sostiene que el Estado social de Derecho no puede ser un Estado democrático porque se basa económicamente en el sistema neocapitalista, que no elimina la desigualdad e incluso la crea; dicho lo cual, ha de serlo uno socialista que procure e instaure esa igualdad. Su conclusión sobre el Estado social se apoya en un cierto análisis; pero, como el estado socialista de Derecho no existe, la mejor valoración que hace del mismo no se basa en análisis alguno, sino en la suposición de que, negados los defectos del anterior, el resultado será necesariamente virtuoso en extremo<sup>29</sup>. Reducir la evolución histórica habida en una sucesión de tres tipos de Estado de Derecho (liberal, social y democrático), cada uno de los cuales con caracteres diferentes y reconociendo diferentes derechos, agrupados éstos en otras tantas “generaciones”, es un esquematismo científicamente inconsistente.

## E. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

La recepción del adjetivo “democrático” se produjo en la Constitución francesa de 1848: “La República francesa es democrática, una e indivisible”, pero, dejando a salvo contados casos, se generalizó después de la segunda pos-

guerra mundial. Antes, sin embargo, durante el periodo de entreguerras ya había tenido entrada en los textos constitucionales una combinación de elementos del constitucionalismo social y del democrático, amén del refuerzo de la juridicidad estatal:

- a) El reconocimiento de derechos sociales y económicos y la habilitación a los poderes públicos para intervenir en la economía.
- b) La plasmación expresa en alguna Constitución del carácter social y democrático del régimen instaurado, como hizo la española de 1931, cuyo artículo 1º definió el régimen como “*república democrática de trabajadores de toda clase*”.
- c) El reconocimiento jurídico de los partidos y de los grupos parlamentarios.
- d) La adopción de instituciones de democracia directa;
- e) La creación de instituciones nuevas, como los Tribunales de Garantías Constitucionales.

En la segunda postguerra se intensificaron y se perfeccionaron los rasgos apuntados:

1. Se extendió el derecho de participación política, realizándose la definitiva incorporación de la mujer al derecho de sufragio en pie de igualdad con el varón, con lo que se alcanzó por primera vez el verdadero derecho universal de sufragio;
2. Se incrementó el acento sobre el valor de la igualdad, aunándose los conceptos *democrático* y *social*). O lo que es igual: la democracia política es también democracia social.
3. Se puso el acento en el pluralismo político, generalizándose la constitucionalización de los partidos políticos.
4. Se adoptaron garantías de la libertad y de limpieza de los procesos electorales.
5. Se extendió la apelación a ciertas formas complementarias de democracia directa, con la excepción de Alemania, tan nota-

ble como explicable por su reciente pasado.

Y, desde entonces, esta idea a un tiempo social y democrática del régimen político no ha hecho sino ganar terreno, porque el constitucionalismo democrático no es esencialmente distinto del social, al menos en la Europa occidental, sino su continuación y perfeccionamiento, como éste lo es del liberal y de nuevo sin graves rupturas. El sistema político resultante, el *Estado social y democrático de Derecho*, es el que ha alcanzado la mayor legitimidad de todos los existentes en la Historia.

Es innecesario, empero, que tal expresión pueda leerse literalmente en el texto fundamental para que dicha forma política exista; de la misma manera que no en todas las Constituciones de Estados de Derecho y de Estados sociales se leen estas otras locuciones. Dígase lo mismo a la inversa: no por estar proclamadas tales palabras hemos de dar por zanjada la cuestión de si existe o no dicho régimen. Lo que importa es el funcionamiento real del régimen político, no las cuestiones nominalistas.

Al éxito de este Estado social y democrático de Derecho contribuyeron tanto las formaciones políticas de la derecha como de la izquierda. Fue la Democracia Cristiana alemana, liderada por el Canciller Erhard, la que acuñó el concepto, después llevado a la práctica, de la *economía social de mercado*; modelo adoptado igualmente por la formación política homónima italiana. Y los partidos socialistas europeos se aproximaron al mismo desde la izquierda, en tanto los partidos comunistas se socialdemocratizaban, si se me permite el vocablo. Es decir, asistimos a la deriva de los partidos europeos de izquierda y derecha hacia una cierta convergencia, relativa si se quiere, pero convergencia al fin. Cuando estos partidos de la izquierda fueron alcanzando el Gobierno en sus respectivos países, no cuestionaron el sistema de mercado, aunque, eso sí, operaron en él y con él de forma diferente a la de los partidos conservadores, aplicándole medidas correctoras para evitar o paliar sus desajustes y dotando al sistema económico de un mayor aliento social.

El Estado social y democrático ha funcionado brillantemente, con los lógicos altibajos motivados por las crisis económicas cíclicas; momentos en los que algunos doctrinarios, tanto de la derecha como de la izquierda, aprovechaban para ponerlo en cuestión. Mientras tanto, el mundo soviético entró en descomposición en 1989, la URSS se desmoronó y los países antes sometidos a su imperio apostaron decididamente por la democracia representativa y el sistema de mercado, como también la Rusia resultante de la independencia de los territorios que se había anexionado. Por eso FUKUYAMA pudo diagnosticar, con demasiada hipérbole y audacia, el *final de la Historia*, es decir, el final de la lucha de aniquilación entre los dos grandes sistemas económicos y políticos, aunque últimamente esa lucha había discurrido por vías menos belicosas.

### 3. HOMBRE Y SOCIEDAD, VALORES Y DERECHOS

#### A. IDEAS PREVIAS

En la base de todo Ordenamiento jurídico hay unos valores y una jerarquía entre ellos. Esos valores no son sino expresión del concepto de persona sustentado por el régimen político de que se trate y por su Ordenamiento. Valores que encuentran su realización en la relación ciudadano-poder, o libertad-autoridad, que se plasma en unos derechos y un determinado funcionamiento de los poderes públicos conforme a la ideología política del régimen.

En el fondo o en el trasfondo de la evolución de la socialidad del Estado late la del concepto de hombre, o de persona, sobre el cual descansa o se fundamenta el reconocimiento de nuevos derechos. Lo que realmente ha habido es el descubrimiento de que la persona/ciudadano/elector/consumidor, dejado a sus solas fuerzas individuales, no logra equilibrar la balanza de su relación con los poderes sociales y económicos.

El Estado social y democrático de Derecho adopta una concepción del hombre mucho más

compleja que la de los tipos estatales anteriores: ya no es sólo el propietario que reivindica libertad de mercado y derechos políticos, ni el proletario reivindicativo que demanda trabajo. Ahora estamos ante el precipitado de muy diversos ingredientes: 1) es persona individual dotada de libertad y de dignidad; 2) es ciudadano, que participa en la vida de su comunidad; 3) es un ser concreto que se encuentra en un sistema social concreto, en función del cual demanda a los poderes públicos que intervengan en él con vistas a la satisfacción de necesidades individuales y sociales concretas; 4) es un ser emancipado que autodetermina su conducta sin necesidad de medidas paternalistas; pero que no está libre de llegar a padecer situaciones de discapacidad o de dependencia que requieren la *debida* atención solidaria; 5) y es una persona inserta en un ecosistema que quiere preservar.

Este tipo humano se desenvuelve en la sociedad, o pretende hacerlo, conforme a un sistema de valores más rico que el heredado de situaciones anteriores. Por eso, además de (no frente a) la libertad negativa y la igualdad formal del Estado liberal, el Estado social (y democrático de Derecho) profesa un concepto positivo de la libertad y material de la igualdad, se apoya en la dignidad de la persona y se propone una convivencia social solidaria:

- a) Esta libertad ya no consiste en poder resistir e incluso impedir las injerencias del poder público en la esfera personal y en la sociedad civil, sino en el ejercicio efectivo de los derechos, para lo que se demanda del Estado prestaciones concretas; ya que, de otra manera, se hace inaccesible para la mayoría de las personas.
- b) Tampoco la igualdad propugnada se reduce a la formal igualdad ante la ley, sino la igualdad real y efectiva en el disfrute y ejercicio de todos los derechos, lo cual exige del poder público remover los obstáculos que lo impidan y promover las condiciones conducentes a ello.
- c) La dignidad de la persona, su vida, su integridad física, psíquica y moral, su

honor y su intimidad merecen el respeto de todos, tanto de los particulares como de los poderes públicos; y el Estado social no puede tolerar que nadie, ni las personas afectadas por discapacidad o por dependencia ni las económicamente más débiles, permanezcan por debajo del mínimo propio de una vida digna de ser vivida.

- d) Y, puesto que todos estamos solidariamente embarcados en una suerte social, política y económica común, nadie debe alcanzar privilegios ni ventajas espurias que pongan en crisis el propio sistema; y, dado que estamos inmersos en un ecosistema común y extraordinariamente sensible, deben perseguirse los ataques insolidarios al mismo que dificulten aún más su propia subsistencia y la nuestra.

La sociedad que subyace a este tipo de Estado no es ya la individualista y atomizada del liberalismo, sino *pluralista*, también conocida como *sociedad organizada*; es decir, estructurada en una miríada de asociaciones, organizaciones e instituciones. En la doctrina anglosajona se utilizan diversas denominaciones para designar, según el aspecto o matiz que se quiera destacar de ella: sociedad *industrial*, sociedad *industrial de masas*, sociedad *postindustrial*, etc.; y también para denominar el régimen político resultante: democracia *industrial*, *postindustrial*, *consociacional* y *corporatista* o neocorporativista. En Estados Unidos, el emparentamiento de la democracia se ha producido más bien con el constitucionalismo liberal y con una versión menos decidida del social, prefiriéndose la locución *Estado de bienestar*. Otras expresiones usuales son las de *Estado benefactor* y *Estado providencia*.

## B. LIBERTAD, IGUALDAD, DIGNIDAD

A mi juicio, la *libertad* es el valor primario y superior, y los demás son derivados de ella. El hombre, al reconocerse como ser libre, se reconoce distinto de los otros seres, dotado de la *dignidad óptica de ser libre*. Por eso, por esa dignidad que corresponde a un ser libre,

no tolera ser tratado con injusticia, con desprecio, con discriminación, ni como un mero instrumento. Es la libertad, pues, la que nutre de sentido a la dignidad, a la justicia, a la igualdad y a todo al sistema constitucional de los derechos. Y por eso también se puede partir de otro valor como primario pues, a la postre, como forman un sistema axiológico, terminan remitiéndonos unos a otros y relacionándose todos entre sí.

Es lo que ocurre, por ejemplo, comenzando por la dignidad: que, para algunos autores, como M. A. ALEGRE, tiene una posición central y un carácter fundamental y fundamentador en nuestro Ordenamiento<sup>30</sup>. La dignidad de la persona reclama genéricamente un orden jurídico, social y político acorde. Porque, si las personas son igualmente libres, son igualmente dignas y no toleran tratos discriminatorios por muy seculares e incluso milenarias que sean las razones en que esos tratos pretendan basarse.

En cuanto a la igualdad, MONTESQUIEU detectó con agudeza que era el principio de la república democrática, junto con la virtud, señalada como principio genérico de la república. Afirma el barón ilustrado que *el amor a la democracia es amor a la igualdad*. “Por eso en la democracia las distinciones nacen del principio de igualdad... por servicios excepcionales o por talentos superiores”<sup>31</sup>. Por su parte, ROUSSEAU hizo de la igualdad la condición necesaria del pacto social para instalar sobre él la sociedad deseable, muy diferente de la históricamente conocida, que se basa en un pacto leonino; a ello dedicó respectivamente el *Contrato social* y el *Discurso sobre el origen y las causas de la desigualdad entre los hombres*.

Un siglo más tarde, también TOCQUEVILLE vio en la igualdad el elemento principal de la democracia y llamó la atención principal de la exigencia social de intervención estatal, principalmente administrativa, que acompaña siempre a la demanda de igualdad. Esto, según él, lleva aparejada una amenaza cierta para la libertad<sup>32</sup>; idea que, como ya sabemos, FORTHOFF haría suya más adelante. Pero, en todo caso, la enseñanza es la misma: *la igualdad es consustancial a la democracia*.

Menos conocida es la similar postura de KELSEN, más allá de su concepción de la democracia como método de adopción de decisiones por el principio de mayoría. En efecto, en *Esencia y valor de la democracia*, por más que cifre ésta fundamentalmente en la libertad, no la desliga de la igualdad, pudiéndose formular la conjugación de ambas como *libertad igual*, “consistente en una participación alícuota en la formación de la voluntad estatal”<sup>33</sup>. En su obra posterior *Forma de Estado y Filosofía* se muestra aún más explícito: “para que pueda originarse la noción de una forma social democrática, la idea de igualdad ha de agregarse a la de libertad, limitándola”. Y todavía más: “*La democracia... aspira a ser en lo posible una sociedad de colaboración entre iguales...*”<sup>34</sup>.

### C. PLURALISMO

La sociedad civil está actualmente basada en una estructura pluralista, muchas de cuyas funciones más importantes son realizadas por diversos grupos e instituciones.

De nuevo vemos en esto emparejados a MONTESQUIEU y a TOCQUEVILLE como guías de nuestro discurso. Así como ROUSSEAU instaba a proscribir los cuerpos intermedios porque son portadores de intereses particulares e impiden el libre fluir de la voluntad general<sup>35</sup>, el autor de *El espíritu de las leyes* hacía de ellos la clave del gobierno moderado precisamente porque frenan al poder<sup>36</sup>. Según TOCQUEVILLE, en Estados Unidos había habido una integración de liberalismo y democracia y destacó la importancia que tuvieron en ello los cuerpos intermedios (especialmente los municipios y el asombroso asociacionismo estadounidense) porque resisten más fácilmente que los individuos aislados el empuje del poder público interventor; lo cual había impedido que la democracia se deslizara hacia el despotismo<sup>37</sup>.

La libertad de asociación es una típica libertad pública, incorporada a las Constituciones en la segunda mitad del siglo XIX en lo que podríamos considerar como segunda generación de los derechos. Extendida al mundo laboral,

determina la libertad sindical, de claro contenido social. En España hay que esperar al sexenio revolucionario para ver incorporado el derecho de asociación a la Constitución (1869), manteniéndose en las de 1876 y 1931.

Con la marcha de los tiempos resultó inconcebible el funcionamiento de la sociedad civil sin las más diversas asociaciones y organizaciones, no tanto para así resistir mejor al poder del Estado, como quería TOCQUEVILLE, cuanto porque se entiende correctamente que es en éstas donde las personas actúan y forjan su personalidad. Esto comporta una nueva concepción del hombre, de la sociedad y del Estado, y no hace falta enfatizar lo que ello significa de superación del individualismo liberal, al menos del liberalismo de los dos primeros tercios del siglo XIX.

Así, pues, el constitucionalismo social no hurtó el reconocimiento del derecho de asociación; y el democrático incorporó a los partidos como instrumentos de participación política frente a la experiencia de partido único de las denominadas Potencias del Eje<sup>38</sup>. Dígase lo mismo en relación con los sindicatos y con su arma más importante, el derecho de huelga<sup>39</sup>. Pero la constitucionalización del pluralismo, con el empleo expreso de este término, se produjo en la Constitución portuguesa de 1976, cuyo artículo 2º es harto elocuente de esta opción y de la constitucionalización del Estado social y democrático de Derecho, aunque no llega a utilizar esta fórmula:

“La República portuguesa es un Estado de Derecho democrático, basado en la soberanía popular, en el pluralismo de expresión y de organización democráticas y en el respeto y garantía de efectividad de los derechos y libertades fundamentales, y tiene por objetivo la realización de la democracia económica, social y cultural y la profundización en la democracia participativa” (cursiva mía).

Sin embargo, el primer precedente, aun sin emplear la palabra pluralismo, lo podemos encontrar en la norma fundamental italiana, que también en su artículo 2º hace un reconocimiento explícito de los grupos:

“La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en el

seno de las *formaciones sociales donde desenvuelve su personalidad...*" (cursiva mía).

La Constitución española vigente se instala en esta misma posición, como explicitaremos más adelante.

## D. SOLIDARIDAD

La solidaridad, versión actual de la mítica fraternidad, que era el tercer elemento de la divisa revolucionaria de 1789, ha sido olvidada a lo largo del constitucionalismo, incluso por el constitucionalismo social posbélico, si exceptuamos el texto italiano. Ya conocemos su artículo 2º por la alusión a los grupos; pero el precepto continúa:

"La República... exige el cumplimiento de los *inexcusables deberes de solidaridad política, económica y social*" (cursiva mía).

Acierta el precepto al no circunscribir la solidaridad a los aspectos meramente económicos y al recordar que este valor es fuente de deberes inexcusables; se supone que se refiere a los deberes de todos, tanto de los ciudadanos como de los poderes públicos. Y por esta vía podemos concluir que la solidaridad es el concepto identificador del constitucionalismo social frente al liberal<sup>40</sup> y que la solidaridad nacional une no sólo a las generaciones presentes, sino también a las futuras. *Sin solidaridad intergeneracional no hay nación*. Resumiendo, la legitimidad del estado social y democrático de derecho debe ser tanto de origen, porque cumple todos los criterios de una correcta teoría democrática del estado, como de ejercicio, medido en términos de solidaridad; esto es, de *justicia solidaria, de progreso solidario y de libertad solidaria*.

## E. NUEVOS DERECHOS

A tenor de lo expuesto en los apartados anteriores de este epígrafe, la apuesta por un Estado social de Derecho implicaba dos operaciones complementarias de gran calado:

- a) Cambiar el estatuto del ciudadano, que no debía ser ya una persona integrada tan sólo política y jurídicamente en un

país, sino también económica, social y culturalmente, y, por tanto, con acceso a los bienes y derechos de esta índole.

- b) Cambiar el estatuto jurídico-político del poder público, que debía promover la emergencia de ese nuevo ciudadano-partícipe asumiendo la obligación de realizar las prestaciones positivas necesarias para garantizar a los ciudadanos un mínimo existencial y promover las condiciones de satisfacción de necesidades individuales y generales que el sistema de mercado no proporciona por sí solo. El Estado pasa, pues, a ordenar y conformar la sociedad.

Precisemos: el Estado social no suscribe los derechos sociales en oposición a los civiles y políticos por considerarlos meramente formales, ni opone la igualdad material a la clásica igualdad ante la ley por estimarla, de nuevo, meramente formal. Ni los derechos sociales y la igualdad material sustituyen a sus versiones liberales erradicándolas de los ordenamientos, sino que las completan y perfeccionan. Porque ni los derechos civiles y políticos ni las libertades públicas se disfrutaban y ejercían por los sectores mayoritarios de la población, ni la igualdad se alcanza sin un mínimo vital (y algo más de un mínimo) satisfecho y si no se allanan en proporciones apreciables las desigualdades existentes en el punto de partida.

Por otra parte, los derechos civiles y políticos y las libertades públicas tienen también una clara dimensión social. Piénsese, por vía de ejemplo, en la libertad de comunicación pública, en el derecho a la intimidad personal y familiar y en el derecho de participación política, sin los cuales el Estado social es absolutamente inconcebible. Lo que el Estado social procura es precisamente que, en lo posible, todos puedan disfrutarlos y ejercerlos en condiciones de igualdad.

Del mismo modo, su cabal comprensión se nos alcanza si los definimos por las aportaciones o prestaciones que requieren de los poderes públicos. Pues es propio del Estado social de Derecho realizar una *política de derechos*, de todos los derechos; esto es, defenderlos, garantizarlos y promocionarlos de modo que se alcan-

ce su general disfrute y ejercicio. Para lo cual, obviamente, hace falta aportar recursos y crear instituciones de garantía. Piénsese en derechos tan acreditados como a la protección de datos o a la participación política, todos los cuales requieren la actuación del poder público para garantizarlos y facilitarlos. Ciertamente, tal actuación positiva del Estado es más frecuente e intensa respecto de los derechos sociales, pero actualmente la diferencia no es tanto de naturaleza cuanto de proporciones.

¿Son fundamentales los derechos sociales? El TC no ha mantenido una jurisprudencia constante: unas veces identifica los derechos fundamentales con los susceptibles de amparo y otras veces con los garantizados por la reserva de ley orgánica.

Por eso es mejor su identificación uno a uno, porque hay derechos sociales típicos en la sección primera del capítulo II del título primero, como es el caso del derecho a la instrucción, así como también lo es, casi por inteligencia normal de su nombre, el derecho de asociación en su sentido más amplio, que incluye toda forma de asociación, incluidas la sindical y la política; incluso, aunque teóricamente pueda dudarse de que el derecho a la tutela judicial efectiva sea un derecho social, apenas cabe duda de ello dado el inmenso cúmulo de prestaciones económicas e institucionales que requiere precisamente para ser efectiva, porque, si no es efectiva, no es.

Desde la segunda posguerra y de manera acusadamente acelerada en los últimos treinta años, el denominado constitucionalismo de los derechos está incorporando cada vez más demandas sociales relativas a la igualdad, a la solidaridad y a la libertad:

- a) Por lo que se refiere a la igualdad, se está procediendo a erradicar todas las causas de discriminación de la mujer mediante medidas de acción positiva y su incorporación a los puestos de responsabilidad política y social. Asimismo, la creciente sensibilidad sobre la situación de las personas con discapacidad o con dependencia ha disparado la legislación con igual tipo de medidas procurando su plena

incorporación a la vida social, cultural, económica y política. Añádase la legislación sobre otros tantos sectores tradicionalmente discriminados por los ordenamientos jurídicos: infancia, juventud, tercera edad, inmigrantes, etcétera.

- b) En cuanto a la solidaridad, se está procediendo, entre otras medidas, a la instauración de un régimen universal de Seguridad Social y a una intensificación de la protección del medio ambiente.
- c) Y, por lo que se refiere a la libertad, se está extendiendo progresivamente a un ámbito hasta hace poco considerado ajeno a la autonomía de la persona y que, en cambio, ahora se reclama como propio de la libertad: la disposición sobre la vida y la muerte. De donde deriva todo el complejo mundo de la Biomedicina y del Bioderecho, cuyo desarrollo exponencial no ha hecho sino comenzar.

En fin, en este clima de sucesiva apertura y expansión, el constitucionalismo de los derechos se ha extendido igualmente a la cultura, abriéndose aquí también el amplio campo de las sociedades pluriculturales y de la efectividad de los derechos en ellas.

## 4. UN NUEVO TIPO DE ESTADO

### a) La base social: un sistema económico neocapitalista:

Sus caracteres más relevantes son:

- La relativización del derecho de propiedad privada respecto del interés público y de su función social.
- El reconocimiento de la intervención del Estado en la economía y en la sociedad a través del sector público; la expropiación de la propiedad privada; la intervención de empresas cuando fuere menester, e incluso la planificación general o sectorial de la economía.
- La intervención en aquellos sectores económicos que la iniciativa privada no

pueda acometer y sean, sin embargo, socialmente necesarios, y las prestaciones que hace a los individuos y a los grupos igualmente para satisfacción de ciertas necesidades que no depara el mercado.

- La asunción estatal de nuevas funciones: la procura existencial de los ciudadanos, la renta familiar mínima, la plena ocupación —al menos tendencialmente— y la instauración de un sistema de Seguridad Social para todos los ciudadanos.

Como consecuencia de lo anterior, el aumento de la presión fiscal.

## b) Un Estado responsable del orden social

La socialidad del Estado, dice L. PAREJO, implica no ya sólo que los poderes públicos están habilitados para actuar en la esfera social y económica, sino que se responsabilizan del resultado final en este ámbito<sup>41</sup>. Es decir, *del Estado limitado se ha pasado al Estado responsable del orden social*. Desde el punto de vista orgánico, trata de superar las insuficiencias de su parlamentarismo apostando por un Ejecutivo fuerte; fuerte, pero no incontrolado.

Todo ello implica que el constitucionalismo social sea extremadamente más complejo que el liberal. En realidad, da vida a un nuevo tipo de Estado, cuyos objetivos son la búsqueda de tanta justicia material como sea posible, pero nunca a costa de la seguridad jurídica; o, en palabras de C. de CABO, *redistribución y seguridad*<sup>42</sup>. Muy resumidamente, podemos identificar algunos de sus rasgos más notables en los siguientes, ya apuntados en páginas precedentes, a las que remito:

## c) Funcionamiento de los poderes públicos

### c.1) El Gobierno y el Parlamento

En el organigrama del poder, el nuevo eje del sistema es el Gobierno. No se trata ya del clásico Poder Ejecutivo, sino de un órgano de dirección política, función omnicomprensiva en la que se

incluye su dirección del propio Parlamento, de cuya confianza mayoritaria goza.

El Estado social, por consiguiente, apuesta por un Ejecutivo fuerte e intervencionista, pero no incontrolado. Por tanto, ese crecimiento de poder del Ejecutivo comporta la necesidad de su atenuamiento a la legalidad y la de su control, tanto jurisdiccional como político; el primero demanda un Poder Judicial independiente y el segundo se desarrolla en el Parlamento y en la opinión pública, lo cual requiere la institucionalización jurídica de la Oposición como parte del sistema político.

Sin embargo, en este aspecto reside su punto más débil: la unión solidaria de Gobierno y Parlamento (mejor, su mayoría decisoria) para dar cumplimiento a un programa político tiene su plasmación en el debilitamiento de las facultades de control de la Cámara, deviniendo muy difícil la censura de aquél por ésta.

Esta forma de relación Parlamento-Gobierno fue bautizada torpemente por MIRKINE GUETZEWICH como *parlamentarismo racionalizado*, en el que el Parlamento queda disminuido en su función de control del Gobierno y el sistema parlamentario deviene sistema *de Gabinete* e incluso *de Primer Ministro*. Éste, el Primer Ministro, se convierte en líder nacional y eje del Estado, derivación que es presentada por la generalidad de la doctrina como un triunfo de la sensatez funcional de los sistemas parlamentarios. Calificación que sería más merecida si no estuviera enturbiada por la *partidocracia*, desviación notable de la democracia representativa, con la que experimentan una honda mutación no sólo esas relaciones interorgánicas, sino también la función identificadora del Parlamento, que es la legislativa.

En efecto, el Estado, por su cualificación de social, ha de atender demandas perentorias que no pueden esperar el ritmo parlamentario de producción legislativa; por eso se habilita al Gobierno para dictar normas con rango de ley. Si durante siglo y medio la doctrina de la división de poderes ha sido objeto de las más diversas matizaciones y correcciones, la emergencia del Estado social ha significado la *incorporación plena del Gobierno y de la Administración*

a la función normativa y una cierta fungibilidad entre la ley y la norma gubernamental con fuerza de ley, rompiéndose así la anterior y estricta correlación entre ley y Parlamento.

El objetivo de justicia social requiere una abundante, compleja y muy detallada legislación, amén de la posibilidad y licitud de leyes singulares frente al principio de generalidad de la ley propia de una concepción formal del Estado de Derecho. Con la condición —dice LUCAS VERDÚ— de que esa legislación se elabore con arreglo a los procedimientos establecidos, es decir, que se respete la exigencia de seguridad jurídica propia del Estado de Derecho; pero, viceversa, la seguridad jurídica “no debe convertirse en trinchera del inmovilismo”<sup>43</sup>.

En definitiva, en el Estado de partidos, la dialéctica política no se establece ya entre el Gobierno y el Parlamento, sino entre el o los partidos que dominan el Parlamento con su disciplinada mayoría y que, en su virtud, ocupan el Gobierno, y el o los partidos que quedan en minoría, en la Oposición. El partido del Gobierno, a través de su mayoría parlamentaria, dirige al Parlamento, casi monopoliza la iniciativa legislativa y mediatiza la de los demás, incluida la de las Cámaras. A ello ha de añadirse el peso creciente de la Administración, de la tecnocracia que la rige y de la burocracia que la sirve.

### c.2) El Poder Judicial

Por lo que se refiere al clásico tercer poder, de nuevo la mayor complejidad de la sociedad industrial y de servicios sobre la que opera el Estado social, produce una mayor conflictividad; lo que determina que una mayor litigiosidad se haga presente ante los órganos judiciales, los cuales se ven impotentes para dedicarle a cada caso el estudio adecuado a su grado de complejidad.

### d) Participación de los grupos y de las instituciones sociales

De igual modo, el fenómeno asociativo se caracteriza en la actualidad por haber sido in-

corporado a la estructura estatal, de manera que la doctrina ha podido hablar de *Estado de asociaciones*. Frente a su precedente liberal de primer cuño, el constitucionalismo social lo es de una *democracia pluralista* que opera sobre una sociedad *organizada*, como ya hemos comentado. Por eso, junto a la transformación descrita del tradicional aparato de poder, ha surgido lo que se denomina un *desarrollo polisindial*, expresión con la que, como dice GARCÍA-PELAYO, se pretende designar “el complejo constituido por las miles de comisiones permanentes o *ad hoc*, algunas de naturaleza interestatal”. Pero las hay también integradas por representantes de órganos del Estado y de organizaciones privadas, porque el Estado social admite la legitimidad de los intereses particulares y de su gestión por agentes sociales e intenta conjugarlos e integrarlos en el interés general. Estos fenómenos “contribuyen al desdibujamiento de los límites claros entre lo público y lo privado”, entre el Estado y la sociedad civil, que “ya no son sistemas autónomos autorregulados... sino dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí... y con un conjunto de subsistemas interseccionados”<sup>44</sup>.

### e) Estado supranacional e internacionalmente integrado

Pero acaso la transformación que está operando el Estado social sea su internacionalización y su supranacionalización, faceta a la que dedicamos, también con brevedad, el último epígrafe.

## 5. CONVERGENCIA DE LOS CONSTITUCIONALISMOS LIBERAL, SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

### A. SIMPLIFICANDO CONCEPTOS

Indica muy atinadamente Ferrán REQUEJO que la democracia es cada vez más democracia liberal y que, como el Estado democrático-liberal protege mejor al ciudadano, permite

una mayor concreción fáctica de los mismos principios liberales, por lo que es más Estado de Derecho que el propio Estado liberal. E insiste: al mismo tiempo que los Estados sociales crecen, han multiplicado unos controles de ese mismo poder desconocidos en el primer Estado liberal, tales como el de constitucionalidad de las leyes y la institución del Ombudsman<sup>45</sup>.

Veamos: conforme a los postulados liberales, se intensifican los mecanismos de control (aunque acaso eso no redunde en un mayor control propiamente dicho) para compensar el creciente intervencionismo (propio del Estado social) y todo ello democráticamente, o sea, con participación ciudadana directa o indirecta en todas las manifestaciones del poder. El incremento de las funciones estatales y la introducción de tales controles redundan en una complejidad enormemente mayor del aparato institucional del Estado social y democrático de Derecho en comparación con el Estado liberal mínimo y abstencionista de primer cuño.

Así pues, los *modos y contenidos* sociales y democráticos han acabado imponiéndose, pero adaptados a los *moldes* liberales; incluso se han añadido otros que responden a la misma idea directriz de control del poder. Ha sido una adaptación lenta e imperceptible durante el siglo XIX, más intensa en la primera mitad del XX y acelerada desde entonces para acá, salvo excepciones puntuales. El lado negativo, común a todos los sistemas parlamentarios aunque se dé en proporciones variables, estriba en que *el aumento de controles no se ha traducido en un efectivo aumento de control* dada la pseudorracionalización parlamentaria servida por una férrea partidocracia.

Por su parte, la idea democrática añade a la social garantía frente a la burocratización y la tecnocracia, precisamente a través de la participación ciudadana en las tareas estatales y en instituciones sociales (Seguridad Social, centros docentes de financiación pública...), y a través de la exigencia de democratización de los grupos sociales intermedios (partidos, sindicatos, etc.), que son todavía muy autoritarios.

Ambos elementos, social y democrático, entroncan en la igualdad, en la profundización de la igualdad hasta donde se una con la libertad: ni un paso más allá a costa de la libertad, ni un paso más acá a costa de la igualdad. La igualdad hace real y efectiva la libertad. La igualdad y la participación rompen la separación entre gobernantes y gobernados, entre Estado y sociedad; socializan el Estado democrático y democratizan el Estado social. En fin, en la igualdad y en la participación se aúnan el Estado social de Derecho y el Estado democrático de Derecho.

De otro lado, el Estado democrático de hoy no sólo está informado por los principios de soberanía nacional y de participación y reconoce los derechos y libertades, sino que, además, promueve esos elementos. De donde resulta que es la integración de éstos la que ha permitido al liberalismo sobrevivir y a la democracia consolidarse. Y, como también ha entrado en esa síntesis el elemento social, se puede decir sin contradicción que, en ciertas latitudes, como la nuestra, las democracias actuales son *democracias social-liberales*; o, dicho con la terminología que nos es más familiar, son Estados sociales y democráticos de Derecho.

Como dice F. REQUEJO, los movimientos democráticos del siglo XIX terminaron acomodándose al sistema institucional liberal, esto es, constitucional y representativo, y, desde dentro, fueron introduciendo dosis de libertad positiva junto a las libertades-resistencia del liberalismo, lo que se tradujo en un creciente contenido social y una extensión (que ha terminado en universalización) de la participación ciudadana, al menos de la participación en forma de sufragio<sup>46</sup>.

Así pues, si ampliamos el campo de visión, como estamos haciendo, percibiremos con nitidez que los componentes del constitucionalismo europeo (liberal, social, democrático y de Derecho) estaban destinados a converger, a buscar la integración de sus elementos, porque la ausencia de uno perjudica la plenitud de alguno de los otros tres o de todos ellos y la perfección de cada uno de ellos reside en su conjugación con los demás. En efecto:

- a) Si el Estado de Derecho lo es del todo, no puede dejar de ser liberal de Derecho, social de Derecho y democrático de Derecho.
- b) Cuando solamente lo es en una de las dos primeras variantes, no es plenamente de Derecho porque no garantiza todos los derechos, especialmente el de participación.
  - b.1) Un Estado social que no sea democrático ni de Derecho es, en el mejor de los casos, simple populismo paternalista y demagógico, siempre propenso a desembocar en dictadura o incluso en totalitarismo.
  - b.2) Un Estado democrático que no sea liberal ni de Derecho es sencillamente impensable porque el régimen democrático asume —al menos, pero no sólo— varios elementos de ambos: la economía de mercado (mejor si se la adjetiva de social), las libertades públicas, los controles jurídicos y políticos y la alternancia en el poder.
- c) Sin igualdad y sin derechos sociales no hay democracia, porque ésta no es un simple método de gobierno; lógicamente, si no hay democracia, mucho menos habrá una *sociedad democrática avanzada*, como quiere nuestro Preámbulo constitucional. Viceversa, sin democracia no hay derechos sociales; lo que puede haber, en el mejor de los casos, es prestaciones graciosas y benévolas del régimen autocrático. Y todos los sistemas mencionados han de incorporar el componente de seguridad jurídica, sin el cual no podemos hablar de constitucionalismo ni de Derecho constitucional.
- d) El Estado democrático no puede no ser social. Como dice el autor citado, sin una dimensión *social* que elimine la dependencia fáctica, material, socioeconómica de los ciudadanos, la misma lógica democrática carece de una base efectiva para su realización<sup>47</sup>. El Estado democrático no social es un tanto epidérmico

y seguramente efímero, si bien en este punto caben grados y diferencias, puesto que, por poner un solo ejemplo, el sistema político estadounidense es menos social que los europeos pero más estable que casi todos ellos.

- e) Se suele admitir que el Estado liberal puede no ser democrático y, desde luego, no lo fueron los regímenes liberales decimonónicos y de las dos primeras décadas del siglo XX, aunque, a mi juicio, y velando por la corrección conceptual antedicha, también eran poco liberales: se trataba de un liberalismo conservador, doctrinario y pacato o abiertamente utilitarista, que no agotaba todo posible liberalismo y quedaba lejos del de ciertos ideólogos de la revolución o mismamente de nuestra Constitución gaditana.

## B. EL ESTADO DE DERECHO COMO NEXO Y LA DEMOCRACIA COMO TÉRMINO

Recordemos ahora nuestro inicio: una luchadora en pro de los derechos humanos decepcionada ante un Estado de Derecho sin justicia y la sinonimia kelseniana entre Estado y Estado de Derecho. Nos preguntábamos entonces qué le añadía el segundo al primero y avanzábamos la diferencia entre Estado con Derecho y Estado de Derecho.

Lo que añade el Estado de Derecho al Estado (que obviamente siempre es un Estado con Derecho porque éste es ineliminable de la vida social) es una garantía: la de que, cuando los poderes públicos ajustan su actuación a Derecho, no lo hacen con arreglo a unas normas cualesquiera, redactadas, modificadas o “arregladas” para encubrir la arbitrariedad, sino a normas que aseguren a los ciudadanos sus derechos, la tranquilidad de que no tienen nada que temer del poder establecido porque están cubiertos por uno de los pilares básicos del régimen constitucional, que es el principio de *seguridad jurídica*, sin la cual puede haber Estado, pero no Estado de Derecho.

El Estado de Derecho, si se lo entiende cabalmente, debe incorporar además las ideas de justicia y de límite y control del poder por el Derecho como garantía de la libertad. Hoy es difícilmente discutible que para que un Estado sea de Derecho ha de serlo en los dos sentidos de este segundo término:

- 1) En su sentido de *Derecho objetivo*, del Derecho como norma, merced al cual es exigible que rija el imperio de la ley y que el Ordenamiento jurídico sea cauce y límite del poder.
- 2) En su sentido de *derecho subjetivo*, acepción que requiere igualmente que ese Ordenamiento incorpore los derechos y libertades de las personas, de suerte que el Estado de Derecho sea, muy en primer lugar, un Estado de derechos.

Dicho lo cual, podemos avanzar dos conclusiones provisionales. De una parte, el nexos que integra los elementos liberal, social, jurídico y democrático lo proporciona el elemento jurídico, el *Estado de Derecho*, la juridicidad estatal, en el doble significado que hemos explicitado. De otra, la única garantía de existencia de esa doble juridicidad estatal estriba en que los sujetos mismos de tales derechos, los ciudadanos, directamente o a través de sus representantes, participen en la creación del Ordenamiento, en el control de su aplicación y en la exigencia de las responsabilidades que pudieren derivarse de todo ello; y, además, que esos mismos ciudadanos, lejos de quedar prisioneros a perpetuidad de sus propias decisiones, puedan *revertirlas* si estiman que dañan el interés general. Y esto solamente se da en *democracia*.

En conclusión, *el Estado democrático se entiende no por oposición a los anteriores, sino como su culminación y síntesis*. Y, como corresponde a toda síntesis, también ésta integra y supera las realidades y las formas que la nutren, que pasan a ser elementos de un todo, produciéndose entonces el fenómeno de que, aun siendo conceptualmente diferenciables entre sí, son realmente inseparables del conjunto que las engloba. Y como únicamente en una democracia puede realizarse plenamente el Estado

de Derecho, los modelos históricos denominados Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho, desprendidos del elemento democrático, no fueron verdaderamente de Derecho por carecer del elemento democrático; más aún: al faltarles este elemento, uno fue deficientemente liberal y otro nulamente social; en todo caso, fueron Estados “de Derecho” solamente de una manera relativa y tendencial: en cuanto fueron tipos de Estado constitucional que jalaron el tránsito entre el absolutismo y la democracia<sup>48</sup>.

Muy próximo a esta posición se muestra J. PÉREZ ROYO, para quien, una vez consumada la evolución del Estado de Derecho desde el régimen liberal al democrático, Estado de Derecho y Estado democrático son expresiones idénticas: “Un Estado que no sea democrático es, por definición, un Estado que no es de Derecho”, independientemente de que se mantengan algunos de los elementos de éste característicos de momentos anteriores. Estamos, pues, ante un “concepto cumulativo de Estado de Derecho fundamentado básicamente en el principio democrático”<sup>49</sup>.

Y a la misma conclusión llega A. FERNÁNDEZ-MIRANDA: el Estado liberal de Derecho era un mero “embrión del Estado de Derecho, que sólo alcanzará su plenitud cuando triunfe, en toda su extensión, el principio de igualdad y, por tanto, el igual aseguramiento jurídico de todos los derechos y libertades, incluido, por supuesto, el derecho a la igual participación política”. Y añade: “el concepto de Estado de derecho, en su plenitud, reclama el Estado democrático... y el Estado democrático sólo se hace posible en el seno del Estado de Derecho”<sup>50</sup>. Y, por no alargar la nómina de autores, A. E. PÉREZ LUÑO lo expresa con concisión y elegancia: “la lucha por la *verdad* del Estado de Derecho asume el significado de una lucha por su *verdad* democrática”<sup>51</sup>.

Si los conceptos manejados hasta aquí son correctos, no son precisos tantos adjetivos ni tantos circunloquios para expresar las realidades a las que nos estamos refiriendo. Porque, si el Estado de Derecho no está falseado, si no encubre una realidad autocrática, debe bastar

con esa magra expresión para entender que es democrático. Igualmente debe bastar con decir Estado democrático sin necesidad de añadir que es también de Derecho, puesto que no puede no serlo. Y tampoco es preciso advertir que se trata de un Estado social de Derecho: si es de Derecho, es democrático y social, y, si es democrático, es social y de Derecho. En todo este asunto, simplicidad equivale a claridad y ésta es la cortesía del constitucionalista.

Por entenderlo así, vengo repitiendo desde hace casi treinta años que “el Estado social y democrático de Derecho representa un estadio en el que a la vieja aspiración de la limitación jurídica del poder (tesis) se le unió la de que, sin embargo, ese poder actuara e incidiera en la sociedad para remodelarla (antítesis), lo que sólo puede hacer lícitamente ese poder (síntesis) si está legitimado democráticamente, si respeta los procedimientos jurídicos, si garantiza los derechos y libertades, si es responsable de su actuación y si no bloquea los mecanismos de reversibilidad de sus opciones políticas”<sup>52</sup>.

En conclusión, la plenitud del Estado social y democrático de Derecho, como síntesis integradora y superadora de las formas anteriores de juridicidad estatal, más que una realidad definitivamente establecida, es una fórmula política tendencial o proyectiva, que busca su progresiva profundización para alcanzar cada vez más derechos, dimensiones nuevas de derechos conocidos y nuevas garantías de todos ellos. Consiste, pues, en “*un sistema de solidaridad nacional —y, en cada vez más aspectos, supranacional— gestionado por los poderes públicos con participación ciudadana efectiva y con respeto a la primacía del Derecho y de los derechos*”<sup>53</sup>.

### C. GRADOS DE SOCIALIDAD, DE DEMOCRACIA Y DE JURIDICIDAD ESTATAL

Por otra parte, ya hemos avisado de que, según sean las proporciones y la combinación de todos esos elementos en la realidad política, podemos afirmar la existencia de grados de socialidad, de democracia y de juridicidad estatal.

- a) De un lado, como también hemos dicho, los modelos históricos de Estados de Derecho no democrático, fueron “de Derecho” sólo de una manera relativa y tendencial, en cuanto jalones en el tránsito entre el absolutismo y la democracia.
- b) Viniendo a la actualidad, hay unas democracias más avanzadas y consolidadas que otras, sin que a estas últimas se les deba hurtar tal calificación. Lo mismo podemos decir si el patrón con el que medimos es el del Estado de Derecho.
- c) Todos los Estados que se han sumado a este tipo de régimen buscan alcanzar cotas cada vez más altas de juridicidad, de socialidad y de democracia. Pero unos marchan delante de otros en dicho recorrido.

Pero el Estado social, no es de realización unívoca ni opera con fórmulas concretas para cada problema, sino que encarga tareas y legítima acciones estatales encaminadas a darles cumplimiento, dependiendo además del signo del equipo gobernante y del legislador la política conducente a ello, su adaptación a las circunstancias y la intensidad y orientación de la actividad legislativa y administrativa.

Ahora bien, así como cabe admitir distintos grados de democracia y de socialidad estatal, así como diversos ritmos de los equipos gobernantes, también es preciso mantener una mínima pureza semántica y mostrar las reservas oportunas para no dar el nombre de democracia, ni de Estado social de Derecho, a cualquier régimen existente en el mundo por mucho que así se autodenomine.

## 6. MANIFESTACIONES DEL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

### A. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 1.1

La primera opción política del constituyente español se encuentra en el precepto de apertura de la norma suprema:

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Según lo argumentado hasta aquí, hay que entender unitariamente dicha fórmula, en la que cada uno de sus elementos condiciona y nutre a los demás, dependiendo de quien gobierne el que queden acentuados más unos perfiles que otros, pero sin que ninguno de ellos pueda ser legítimamente eliminado. Estamos, pues, ante un Estado que es, a un tiempo y sin fisuras, de Derecho, social y democrático, sin dejar de ser liberal.

Por su parte, es ejemplar la síntesis que hace el Preámbulo constitucional de esta compleja idea: habla de garantizar la convivencia democrática y de establecer una sociedad democrática avanzada, de promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar una digna calidad de vida, de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley y de proteger a los españoles en el ejercicio de sus derechos.

La *sociedad democrática avanzada* no es una realidad ni un concepto estáticos, sino intrínsecamente dinámicos, siempre desplazados hacia el futuro en pos de nuevas cotas de libertad, de justicia y de progreso. En esta expresión preambular se sintetiza el *telos* de la Constitución, que también puede centrarse, como hace J. TAJADURA, en el concepto de *progreso*, entendido en un sentido amplio que desborda los límites de la economía y postula el desarrollo cultural<sup>54</sup> (y, a mi juicio, también político). Pero en la procura de todos estos objetivos los poderes públicos encuentran siempre el límite infranqueable del Estado de Derecho, de la juridicidad estatal.

Sabemos también que la cláusula de Estado social no es estrictamente necesaria para que el Estado lo sea, pero tampoco inútil. Es cierto, como vimos, que, a la hora de resolver un caso, es preferible utilizar un precepto concreto que regule la materia, pero repararemos en que el precepto español que comentamos no se limita a enunciar dicha cláusula, sino también

las de democracia y juridicidad además de explicitar los valores superiores del Ordenamiento jurídico, que no pueden ser orillados en el razonamiento jurídico. Todos estos elementos conforman un precepto denso y significativo, un principio estructural de primer orden que se desarrolla a lo largo del articulado e impregna todo el texto constitucional y el resto del Ordenamiento jurídico.

En conclusión, como dice L. PAREJO, “el principio del Estado de Derecho tiene, en nuestra Constitución, un sentido material y no meramente formal”<sup>55</sup>, como también lo tiene, según la generalidad de la doctrina, en la Constitución alemana<sup>56</sup>.

## B. OTROS PRECEPTOS Y CONJUNTOS NORMATIVOS

El carácter social del Estado se aprecia en muchos otros pasajes de nuestro texto fundamental. Sin ánimo de agotar otras referencias, ténganse en cuenta éstas al menos:

1. Los artículos 14 y 9.2, que ilustran la tensión permanente entre la igualdad formal y la igualdad real y efectiva, como referiremos más adelante.
2. El artículo 10.1, que hace de la dignidad de la persona fundamento del orden político y de la paz social, la cual reclama un orden social acorde con una vida que se pueda, sin rubor, calificar como humana. Viene este precepto a completar parcialmente el elenco de valores expresados por el artículo 1.1, del que quedaron fuera algunos que también tienen un claro significado social, democrático y “de Derecho”, como son la dignidad humana y la solidaridad.
3. El conjunto de preceptos relativos al pluralismo social: constitucionalización de los sindicatos, de las asociaciones empresariales y de los colegios y organizaciones profesionales; así como las organizaciones de usuarios y consumidores; el reconocimiento de la negociación y de los conflictos colectivos y del derecho a

- la huelga; la atribución de eficacia jurídica a los convenios colectivos, etcétera.
4. El conjunto de preceptos sobre materia económica, que forman lo que suele llamarse *constitución económica*.
  5. El conjunto de preceptos sobre materia cultural, científica y de enseñanza, que componen lo que podría denominarse *constitución cultural*.
  6. Y, en general, todos los derechos de prestación<sup>57</sup>.

### C. BREVE REFERENCIA AL PLURALISMO Y A LA SOLIDARIDAD

El tratamiento constitucional del pluralismo es pródigo. El conjunto normativo referente a él, aparte del propio artículo 1.1, está diseminado por todo el texto fundamental y reconoce una rica tipología del mismo:

El pluralismo político, entendido tanto en sentido amplio (clubes, grupos parlamentarios, etc., como en sentido estricto (partidos políticos).

- a) El pluralismo lingüístico.
- b) El pluralismo sindical.
- c) El pluralismo corporativo (colegios profesionales, Cámaras oficiales, organización de consumidores y usuarios, etc.).
- d) El pluralismo jurídico normativo (ordenamientos autonómicos, Derecho foral, convenios laborales colectivos, autonomía normativa de ciertos entes públicos y privados, como las universidades, los sindicatos, etc.).
- e) El pluralismo religioso, ideológico y de creencias.
- f) El pluralismo de la sociedad (que no es sino el conjunto de todos ellos).
- g) El Tribunal Constitucional califica el pluralismo como *valor fundamental y requisito funcional del Estado democrático* y lo identifica con la legitimidad de distintas opciones políticas y de gobierno

dentro de los límites constitucionales<sup>58</sup>. El pluralismo político del que habla el artículo 1.1 se refiere, preferente pero no exclusivamente, a los partidos políticos, y en esa posición se instala el artículo 6º.

En el artículo 9.2 se insta y se faculta a los poderes públicos para que promuevan y faciliten la libertad y la igualdad tanto de los individuos como de los *grupos* en los que aquéllos se insertan y a través de los cuales actúan realmente. Todo ello con vistas a “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la *vida política, económica, cultural y social*”.

Por lo que se refiere a la solidaridad, la Constitución se refiere a ella unas veces como un valor y otras como un principio político funcional. En esta segunda versión, preside y dirige un cierto tipo de situaciones y de instituciones sociales (Seguridad Social) y un cierto patrimonio común (medio ambiente; patrimonio histórico, cultural y artístico), o bien se relaciona con el modelo territorial de Estado (Fondo de Compensación Interterritorial) y con el modelo económico (subordinación de la riqueza al interés general, función social de la propiedad).

### D. IGUALDAD ANTE LA LEY E IGUALDAD REAL Y EFECTIVA

El artículo 9.2 es considerado como expresión del principio de socialidad estatal y pieza clave para el entendimiento del principio de igualdad. Durante los primeros años de vigencia constitucional despertó cierta polémica doctrinal que hoy se nos semeja bastante hueca<sup>59</sup>. Dice así:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

La doctrina lo señaló como faro de la igualdad y de la socialidad estatal, y el Tribunal Constitucional ha incorporado esta idea a su jurisprudencia en algunas ocasiones<sup>60</sup>. Algu-

nos autores vieron en dicho precepto una vía abierta al socialismo; otros, como P. LUCAS VERDÚ, lo calificaron como *cláusula transformadora del Estado*; calificación respecto de la cual R. COTARELO se sorprende de que la propia Constitución autorice a transformar las estructuras que ella misma consagra<sup>61</sup>. Tales apreciaciones provienen de los términos literales utilizados en el precepto, alusivos unos a la promoción de condiciones y a la remoción de obstáculos, y otros a la *igualdad real y efectiva*; todos los cuales parecen apuntar a una profundidad social mayor que la mera igualdad ante la ley del artículo 14.

Pero estas aseveraciones admiten matices. Una interpretación sistemática de la Constitución nos lleva a la conclusión de que esa cláusula transformadora tiene como límite justamente las estructuras e instituciones constitucionalmente garantizadas y muy especialmente el sistema de *economía social de mercado*. Por tanto, no está constitucionalmente autorizada, y menos aún estimulada, la destrucción del mismo y tampoco el paso a una economía socializada; ni se puede, con apoyo en tal precepto, prescindir de los principios de la juridicidad estatal que consagra el apartado inmediatamente posterior al que analizamos: legalidad, publicidad de las normas, jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad, etcétera.

Y, en cuanto a la idea —de frecuente lectura en un primer momento— de que el artículo 9.2 apunta a una igualdad real y efectiva que sobrepasa a la igualdad ante la ley, tampoco es concluyente. Como ha interpretado el Tribunal Constitucional, muy plausiblemente a mi juicio, la igualdad *ante la ley* del artículo 14 del texto fundamental incluye también la igualdad *en la ley* y ésta habilita al legislador (en sentido amplio) para introducir en las normas tratamientos jurídicos diferenciados que procuren igualar las muy desiguales condiciones de partida en que se encuentran las personas concretas en la sociedad. Son las medidas de *acción afirmativa o positiva*<sup>62</sup>.

Esta reescritura del artículo 14 por parte del Tribunal Constitucional para incluir en él todo lo que, siendo relativo a la igualdad, pue-

da transvasársele desde el 9.2, es inteligente, eficaz, progresista y legítima. Hecho lo cual, lo mismo que antes decíamos de la cláusula general de socialidad estatal del artículo 1.1, también resultará casi siempre preferible la utilización de preceptos concretos relativos a la materia juzgada en vez del 9.2, otrora emblemático. De ahí el escaso empleo que de éste hace el Tribunal<sup>63</sup>.

Con todo, en el artículo 9.2 queda algo además de lo dicho hasta aquí, puesto que reconoce/habilita/encarga/ordena a los poderes públicos la promoción de condiciones y la remoción de obstáculos para hacer reales y efectivas *tanto la igualdad como la libertad*, extremo éste que se olvida frecuentemente. Por tanto, el artículo 9.2 también es expresivo, en igual medida y de forma muy reseñable (aunque no en solitario), del principio democrático. No sólo porque habla de libertad, de participación y de grupos (o sea, de pluralismo), que acaso ya fuera suficiente, sino porque, como vimos en su momento, la igualdad no es un principio predicable tan sólo del Estado social, sino también de la democracia, siempre que de ésta no se tenga un concepto meramente metodológico y neutro; el cual nos parece resultantemente insatisfactorio.

En este mismo sentido, I. de OTTO advirtió en su momento de que el precepto puede ser interpretado como un doble mandato a los poderes públicos para que realicen una “política de derechos fundamentales” (esto es, de creación de condiciones reales y efectivas de libertad y democracia) y una “política de bienestar social”, que se concreta en los principios rectores del capítulo III del título I de la Constitución<sup>64</sup>.

Consiguientemente, como he escrito en otro lugar, *el artículo 9.2 de la Constitución* no consagra solamente el principio de socialidad estatal, sino que *reúne en sí la doble idea del Estado social y del Estado democrático conjugando la libertad con la igualdad; el individuo con los grupos sociales; la participación económica, social y cultural con la participación política; y todo ello como habilitación, competencia y tarea de los poderes públicos*<sup>65</sup>.

Aun así, respecto de la referencia de los artículos 1.1 y 9.2 a la participación, debemos observar la misma cautela que antes indicábamos con la relativa a la socialidad estatal; a saber: resulta preferible operar con los preceptos directamente reconocedores y reguladores del derecho de participación y de la representación política, si bien estas locuciones genéricas pueden ayudar en lo poco o mucho que hiciere falta.

### E. VALOR Y EFICACIA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS DE POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA

Buena parte de estos aspectos del Estado social se encuentran incluidos en los denominados “principios de política social y económica”, que integran el capítulo III del título I, artículos 39-52, si bien hay otros en diversos pasajes, principalmente en el título VII, “De Economía y Hacienda”, artículos 128-136.

Por lo general, estos principios no formulan derechos, pero tampoco debemos ver en los preceptos que los establecen fórmulas vacías del constitucionalismo reciente. Una vez insertos esos compromisos en el texto constitucional, tienen cierta funcionalidad, sobre todo en países de sistema jurídico continental, racionalista, de predominio del Derecho escrito. En este sentido se pronuncian, aun con diferencias entre ellos, W. ABENDROTH y K. DOEHRING<sup>66</sup>.

Si bien en un primer momento la doctrina entendió que esta asunción de tareas estaba un tanto debilitada por la índole meramente programática e informadora de tales principios, es lo cierto que han ido inspirando paulatinamente las políticas públicas de los diferentes Gobiernos; de manera que se han convertido en factores claramente dinamizadores de nuestro Estado social<sup>67</sup>. Y, según expuso tempranamente L. PAREJO, después de algunas dudas doctrinales, está extensamente compartido que este capítulo tiene plena eficacia jurídica y vincula a los poderes públicos; no como otros capítulos y títulos de la Norma Suprema, sino conforme a la estructura normativa de sus pre-

ceptos y a lo dispuesto en el artículo 53.3: al Poder Legislativo y al Judicial informando su actuación en estos principios; y otro tanto debe decirse de la Administración, sin cuyo servicio el Estado social devendría absolutamente ineficaz<sup>68</sup>.

Ciertamente, su función es más bien la de:

- instaurar un sistema de solidaridad nacional (la Seguridad Social);
- plasmar la función de procura existencial y de prestación de servicios a fin de proporcionar o facilitar una cierta calidad de vida (sanidad, medio ambiente, consumo);
- mandar a los poderes públicos que atiendan a sectores de la población situados con desventaja en la sociedad (personas con discapacidad, vejez, juventud e infancia);
- mandarles que atiendan a la familia como grupo social básico, etcétera.

No son, pues, meras declaraciones ni enunciados programáticos. El legislador les está especialmente vinculado porque le encargan políticas públicas tendentes a la consecución de sus fines, con la garantía, además, del control de constitucionalidad de las leyes que los regulen. En este sentido, nada impide que el legislador les dé plena realización en forma de derechos, que serán entonces derechos de configuración legal, pero con fundamento constitucional. Ya hay ejemplos en materia de sanidad, de consumo, de personas con discapacidad, etcétera<sup>69</sup>.

### F. EL ESTADO SOCIAL COMO INTERVENTOR Y REGULADOR DE LA ECONOMÍA: LA “CONSTITUCIÓN ECONÓMICA”

Dentro del constitucionalismo demoliberal occidental caben políticas económicas orientadas preferentemente, no exclusivamente, hacia unos objetivos u otros. A partir de dicho sistema, el Estado tiene, la función de regulación y también de redistribución social del producto nacional en forma de prestaciones sociales;

pero el grado de intensidad con que se ejerzan ambas funciones variará según las fuerzas políticas que obtengan la mayoría de gobierno y según también la situación económica general. En estos distintos grados de intensidad están las opciones que deja abiertas la Constitución y el Derecho de la Unión Europea, las cuales han de moverse dentro de los límites del mercado, de la democracia y de la juridicidad y socialidad del Estado.

Aunque la elaboración del concepto de *constitución económica*<sup>70</sup> y los estudios de Derecho Constitucional Económico son recientes, en realidad toda Constitución contuvo siempre en su articulado una “constitución económica”. Para los primeros textos liberales, ésta se reducía aparentemente a la garantía del derecho de propiedad y de las libertades de comercio e industria, si bien todo el régimen político estaba en función de este reducido núcleo de preceptos. En contraposición, el constitucionalismo social dedica al orden económico una parte muy extensa de su articulado; fenómeno que se ha incrementado incesantemente hasta nuestros días. Este aumento de preceptos se ha orientado a la relativización de las garantías de los derechos antes citados, mientras se protegen otros, como el de huelga, y se habilita a los poderes públicos para intervenir y regular lo que antes se dejaba al solo mecanismo del mercado.

A la vista de la profusión de preceptos que nuestra Norma Suprema dedica a la materia económica, en inescindible relación con la social, considero que lo procedente en este estudio es identificar el sistema económico dispuesto y su rasgo fundamental, los objetivos declarados y los elementos principales de la “constitución económica”<sup>71</sup>.

- a) El sistema económico asumido por la Constitución es el de la *economía social de mercado* y su rasgo o carácter fundamental es su *apertura* a diversas políticas económicas dentro de los límites dichos.
- b) Los *objetivos* constitucionalmente declarados son, entre otros,

1. la estabilidad económica;
  2. la economía sostenible;
  3. el pleno empleo;
  4. una distribución más equitativa de la renta regional y personal;
  5. el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial.
- c) En cuanto a sus *elementos principales*, son, sin dar como excluidos otros:
1. la unidad económica nacional y la distribución competencial entre el poder central y los autonómicos;
  2. la propiedad privada;
  3. la libertad de empresa y la libre competencia, compatibles con distintas formas de intervención de los poderes públicos;
  4. la iniciativa pública;
  5. la posibilidad de planificación económica general (vinculante para los poderes públicos, pero meramente indicativa para los agentes sociales y económicos);
  6. un sistema tributario progresivo, pero no confiscatorio;
  7. el Presupuesto y sus relaciones con el Plan Económico, si lo hubiere<sup>72</sup>;
  8. la constitucionalización de la llamada “cuestión social” y la institucionalización de sus principales protagonistas: sindicatos y organizaciones empresariales;
  9. la instauración de un régimen nacional y permanente de Seguridad Social;
  10. la protección del medio ambiente;
  11. la ya comentada vinculación de los poderes públicos a los principios de política social y económica;
  12. el sistema sancionador; y
  13. sobre todo, desde 1986 y de una manera creciente, la integración española en la Comunidad (hoy Unión) Europea.

Haciendo solamente, por razones de espacio, un breve apunte del primero de estos elementos, el principio de *unidad económica nacional*, hemos de subrayar que rige transversalmente en todo el Ordenamiento jurídico español. El Tribunal Constitucional se ha referido a ello desde el primer momento<sup>73</sup> y lo ha reiterado constantemente: la unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos. Por eso, en la distribución de competencias entre el poder central y las Comunidades Autónomas, corresponden al primero las que garantizan la unidad del sistema, como, por ejemplo, la coordinación de las Haciendas autonómicas por la Hacienda Central, con lo que se persigue evitar resultados disfuncionales o desintegradores. En unas materias le corresponde la competencia exclusiva y en otras la fijación de las bases. Y por eso también, la financiación de las Comunidades Autónomas ha de regularse con una visión de conjunto y con un criterio unitario, sin perjuicio de las especificidades justificadas de cada una<sup>74</sup>.

## G. EL ESTADO SOCIAL COMO ESTADO DE CULTURA: LA “CONSTITUCIÓN CULTURAL”

Cultura y sociedad están mutuamente imbricadas. Son dos caras de la misma moneda: la sociedad es, a la vez, productora y producto de la cultura. Por tanto, los conceptos de sistema social y sistema cultural son mutuamente referentes.

El sujeto de la cultura lo es tanto el individuo como los grupos sociales. Los más importantes grupos culturales, en las sociedades desarrolladas, son *las naciones* y los grupos de naciones que pertenecen a una misma civilización. La nación moderna suele ser una unidad cultural, aunque hay casos, como el de España, de naciones pluriculturales en las que la cultura nacional es un mosaico de culturas grupales ligadas entre sí mediante ciertos rasgos generales compartidos, en mayor o menor medida, por todos esos grupos.

Un Estado autoritario utilizará la cultura como arma política de mantenimiento del poder. Un Estado democrático hará de ella un arma liberadora. Para conseguir esto último, hace falta que la cultura sea asumida por el Estado como uno de sus objetivos primordiales. La atención a este otro ámbito de la vida humana determina que el Estado social y democrático de Derecho sea también *Estado de cultura*.

Pues bien, trayendo estas consideraciones a la Constitución española, su artículo 44.1 ordena a los poderes públicos que promuevan y tutelen el acceso a la cultura, a la cual todos tienen derecho. En este pasaje, hay una cierta reiteración sintética de lo que anda pormenorizado en otros preceptos constitucionales. El concepto constitucional de cultura es el de una realidad pluridimensional, conforme apunta con acierto J. PRIETO, por ser al mismo tiempo un ámbito o faceta de la vida humana, un derecho y una función estatal<sup>75</sup>. Esta regulación por parte de la norma fundamental nos faculta para hablar, como ya ha hecho un sector de la doctrina italiana, de *constitución cultural*, con la misma legitimación con que es ya habitual hablar de “constitución económica”<sup>76</sup>.

Tomando pie un tanto libremente del citado estudio de J. PRIETO, la podemos sintetizar así:

- A) *La cultura es un ámbito de la vida humana* parangonable con el político, con el económico y con el social. Pues, en efecto:
1. El Preámbulo habla de dos dimensiones del progreso: la económica y la cultural.
  2. El artículo 9.2 atribuye a los poderes públicos la tarea de facilitar la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social.
  3. Y el artículo 48 obliga a promover las condiciones para la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

B) *La cultura es un derecho*<sup>77</sup>, del que hablan, directa o indirectamente, los siguientes preceptos:

1. Artículo 44.1, como derecho de todos a su acceso.
2. Artículo 50, específicamente referido a la tercera edad.
3. Artículo 25.2, como derecho del preso.

Retengamos, no obstante, que las dos primeras manifestaciones están debilitadas como derechos, recibiendo el tratamiento constitucional de principios de política social, por lo que pueden insertarse en el apartado siguiente.

C) *La cultura es también una función de los poderes públicos*, un deber para cuyo cumplimiento cuentan éstos con una variedad notable de instrumentos:

a) *Función cultural de los poderes públicos*:

1. Preámbulo: protección de los derechos humanos, de las culturas, de las tradiciones, de las lenguas, de las instituciones.
2. Artículo 3º: respeto y protección de las distintas lenguas.
3. Artículo 50, anteriormente citado.
4. Artículo 149.2: servicio (público) de la cultura; comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas.

b) *Instrumentos de acción del Poder Central y de las Comunidades Autónomas*:

El reconocimiento de determinados principios y derechos tiene a veces extrapolaciones competenciales. Pero es sin duda en el Título VIII donde podemos encontrar casi todas las atribuciones culturales al Poder Central y a las Comunidades Autónomas. Pero advirtamos que se trata de una materia compartida y hasta cierto

punto indistinta, motivo por el cual abundan las cláusulas “*sin perjuicio*” en las atribuciones a aquél y a éstas.

## 7. ESTADO SOCIAL, UNIÓN EUROPEA Y CRISIS ECONÓMICA MUNDIAL: LA DIFÍCIL SOLIDARIDAD

El Mercado Común y el resto de las Comunidades Europeas, germen de lo que hoy es la Unión Europea, fueron saludadas por algunos como “la Europa de los mercaderes”, enfatizando así su vertiente económica y mercantil lejana de los intereses de las clases menos favorecidas. Las libertades que procuraba y defendía eran “libertades del mercado”. Sin embargo, ha ido evolucionando en un sentido social y político adoptando un compromiso social extraído de los Ordenamientos de sus primeros países miembros, aunque en un tono menor que éstos<sup>78</sup>.

El ingreso en la Unión Europea ha tenido como consecuencia —para España como para cualquier otro país miembro, salvo excepciones consentidas— que la política monetaria y buena parte de la política económica estén dictadas por las autoridades comunitarias, como se pone de manifiesto con especial énfasis en la actual crisis económica global y sistémica.

La Europa unida se propone, entre otros cometidos, eliminar los obstáculos que interfirieran en la concurrencia económica, incrementar la producción y la productividad y facilitar la coordinación de las políticas monetarias hasta llegar, como se ha llegado (aunque no alcanza a todos los países miembros), a la moneda única. Junto a ello, los tratados constitutivos y todo el Derecho derivado, emanado de sus instituciones, han regulado unos derechos y libertades que configuran el estatuto jurídico del ciudadano de la Unión y conforman lo que podríamos considerar como la parte dogmática de lo que pudiera llegar a ser la Constitución de la Unión Europea.

No estamos ante libertades abstractas, sino concretas, cuyas normas reguladoras tienen efectos directos para los ciudadanos, los cuales pueden invocarlos ante las instancias y tribunales nacionales. Son, dicho en pocas palabras, derechos subjetivos de los ciudadanos comunitarios. Su vínculo común es el principio de no discriminación ni por razón de la nacionalidad ni por razón de sexo.

Por su parte, el Consejo de Europa ha propiciado modificaciones en el contenido, interpretación y aplicación de los ordenamientos nacionales. Ahora bien, el Convenio sólo contiene una parte de los derechos enunciados en la Declaración Universal de 1948, en tanto que la otra parte figura en la *Carta Social Europea*<sup>79</sup>. Ésta fue aprobada en 1961 y revisada en 1996, y puede decirse<sup>80</sup> que constituye una a modo de “Constitución social Europea” y complemento indispensable del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Ambos fueron tomados como modelo para la elaboración de la Carta de Niza, del año 2000, la cual ha sido reconocida como *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (y, como tal, Derecho aplicable) por el Tratado de la Unión Europea de 2010.

Hace algún tiempo escribí, estimulado por un magnífico estudio de Luis JIMENA, que, por ese camino y con tiempo, se haría realidad plena la Europa social y democrática de Derecho que él propugna<sup>81</sup>. El pronóstico se ha ido cumpliendo, pero actualmente suscita algunas dudas, motivadas, de un lado, por la gran ampliación experimentada por la Unión Europea, que ya cuenta con veintisiete países miembros y serán más en el futuro; y, de otro, por la crisis económica global.

La “Europa social” no termina de cuajar. Así, España y algunos otros Estados miembros del Consejo de Europa no han ratificado la Carta Social revisada de 1996 ni el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995, lo que determina la existencia de una poco edificante “Europa social de diversas velocidades”, al tiempo que también significa un déficit social de estos Estados. Más aún, como dice R. BRILLART, los derechos que se contienen en

ella son percibidos e incluso analizados de una manera diferente a la de los derechos civiles y políticos contenidos en el Convenio<sup>82</sup>. Cuando hoy, con más o menos precisión, hablamos de crisis del Estado social, deberíamos hablar más propiamente, en caso de que sea cierta, de crisis del modelo social europeo.

La garantía de los derechos sociales en la Unión Europea será tanto más efectiva cuanto mejor se inscriba en la dinámica de la *tutela multinivel* de los derechos, y, por lo dicho anteriormente, su optimización requeriría la adhesión de la Unión no sólo al Convenio de 1950 y sus sucesivos protocolos, sino también a la Carta Social, enriquecidos por las respectivas jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales. Es cierto que la crisis económica actual, que es global y sistémica, ha agrietado la solidaridad entre los Estados miembros, como también en todo el mundo. Pero también lo es que, a la larga, sin solidaridad no habrá una Europa social y democrática de Derecho.

Traigamos el problema a la actual crisis económica, desatada en 2008, pero con indicios serios desde un año antes. Sin dejar de ser una crisis cíclica, como las de 1973 y la de los años noventa, la actual es de carácter sistémico y de alcance mundial, en la que estamos apreciando una vez más que los momentos difíciles no son propicios para la solidaridad, de lo que son buenas muestras la economía sumergida o informal, las suspensiones de pagos fraudulentas, el rechazo de la inmigración, las disputas por bienes escasos, como el agua, y el nacionalismo económico. El crujido del sistema económico ha puesto en jaque a los Estados sociales.

La crisis motivó la aparición de críticas, feroces a veces, al liberalismo desregulador de la Escuela de Chicago y desencadenó una intensa intervención de los Estados como únicos capaces de hacerle frente: hasta en los países más acrisoladamente capitalistas y de profunda fe en el mercado ha habido intervenciones y nacionalizaciones de bancos y de empresas en muy diversos sectores. Todos reclamaron la ayuda del Estado y todos los Gobiernos (li-

berales, conservadores o socialdemócratas) se aprestaron a ello. Ya señaló BURDEAU que en tiempos de crisis todas las miradas se vuelven hacia el Estado<sup>83</sup>; y en igual sentido ha dicho M. Herrero de Miñón que, en circunstancias de falta de confianza en los agentes económicos, lo único fiable es el Estado. Porque, a la postre, también en la escasez debe haber equidad, igualdad, justicia y solidaridad; en la escasez más aún que en la abundancia. Y, como ningún agente económico acomete esta tarea, ha de hacerlo el Estado social, que tiene como uno de sus objetivos que nadie caiga por debajo del mínimo existencial.

Pero tampoco faltan quienes sostienen que la crisis proviene de un exceso de regulación e intervención estatal y así vemos cómo, después de la primera fase intervencionista, ha crecido la apuesta por la contención del gasto público como forma de hacer frente a la deuda de los Estados. Algunos Estados europeos (Grecia, Irlanda, Portugal) han solicitado su “rescate” por parte de la Unión ante su impotencia para impedir la suspensión de pagos.

De otro lado, es mayoritaria la posición de introducir severos correctivos en el sistema económico, pero sin cambiarlo. Se pretende, pues, que siga siendo el de *economía social de mercado*, bien que recortando su carácter social en tanto dure la crisis. Por contra, C. de CABO, refiriéndose a la España reciente, muy alineada con el liberalismo “desregulador”, co-

menta que podría identificarse en ella un *constitucionalismo social sin Estado social*, toda vez que hay valores constitucionales, concepciones y formas de vida propias del Estado social que están desapareciendo<sup>84</sup>.

No hay soluciones simples para asuntos complejos, y hoy casi todos los problemas importantes lo son en tal medida que nadie, ni siquiera los Gobiernos de las grandes superpotencias, pueden solucionarlos por sí solos. Es imprescindible la cooperación. Como ha escrito L. JIMENA, la concertación internacional es una premisa necesaria para realizar avances sociales<sup>85</sup>. Y, si la coordinación económica mundial lo es en todo momento, todavía lo es más en tiempos de crisis. Sin embargo, no la ha habido, o no en grado suficiente, sino que más bien ha renacido un cierto nacionalismo económico en forma de medidas proteccionistas y de un más o menos disimulado *dumping*. En el seno de la misma Unión Europea se pueden apreciar gestos proteccionistas de diversos Estados miembros, incluso de los que tienen economías avanzadas.

Pero la apuesta personal del autor de este trabajo, asumiendo lo que de acientífico tiene una apuesta, es la de que el futuro no está en despejar la incógnita entre Estado social, sí, o Estado social, no, sino entre más o menos Estado social; como tampoco en si habrá una Unión Europea de los mercaderes o de los ciudadanos, sino en si la Europa de los ciudadanos lo será en mayor o en menor medida.

## NOTAS

1. VALADÉS, D.: *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, 2ª edic., Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 21.
2. BENDA, E.: “El Estado social de Derecho”, en la obra dirigida por él mismo *Manual de Derecho Constitucional*, edic. cast., Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 511.
3. KELSEN, H.: *Teoría General del Estado*, edic. cast., México, 1934, p. 120.
4. Cfr. LUCAS VERDÚ, P.: *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Acta Salmanticense, Salamanca, 1955, poco después ampliado en *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
5. A. C. PEREIRA MENAUT, en su obra *Rule of law o Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 17-59, ha destacado textos medievales ingleses en los que aparece claramente la reivindicación de *rule of y* otros posteriores con

su confirmación, y distingue con nitidez esta versión de gobierno mediante el Derecho de la germánica del *Rechtsstaat*, más tarde importada por Francia como *État de Droit*. No obstante lo cual, traza finalmente las líneas actuales de convergencia entre ellos (pp. 61-109).

6. GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, pp. 51-66; en *Obras Completas* (en adelante, *OC*), Centro de Estudios Constitucionales, (en adelante CEC), Madrid, 1991, vol. II, pp. 1623-1635.

7. Algunos textos de revolucionarios son tomados de PLANAS, P.: *El Estado moderno (Una nueva biografía)*, DESCO, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima, 1993; FORSTHOFF, E.: “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, publicado en castellano, junto a otro trabajo suyo y sendos de W. ABEBDROTH y K. DOEHRING, en la obra *El Estado social*, CEC, Madrid, 1986, pp. 74-75; también A. GARRORENA (*El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, 1ª edic., Universidad de Murcia, 1980). Cfr. igualmente COTARELO, R.: *Del Estado de bienestar al estado de malestar*, CEC, Madrid, 1986; del mismo autor, “Origen y desarrollo del Estado de bienestar, Sistema, nº 80-81, Madrid, noviembre de 1987, pp. 5-21; y “Proceso histórico del Estado de bienestar: la consolidación del Estado de bienestar”, *Documentación Social*, nº 71, Madrid, abril-junio de 1988, pp. 17-33; y TIERNO GALVÁN, E.: *Babeuf y los iguales*, Tecnos, Madrid, 1967.

8. CONDORCET: “Sobre la admisión de las mujeres a la ciudadanía”, *Obras Completas*, edic. de Arago, París, 1847-1849, vol. X, p. 122; y “Ensayo sobre la constitución y las funciones de las Asambleas Provinciales”, *Obras Completas*, edic. de Henrich, Fuchs, Köenig y Levrault, Schöell y Cia., París, 1804, vol. XII, pp. 19-27; cfr. TORRES DEL MORRAL, A.: “Estudio Preliminar” a CONDORCET: *Bosquejo de un cuadro histórico sobre los progresos del espíritu humano*, 2ª edic., Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

9. Id: *Reflexiones sobre la esclavitud de los negros*, XI, 93-95 y 104-111, 124, 132 y 167-172; *Notas sobre Voltaire*, VII, 287; *Discurso de recepción en la Academia Francesa*, X, 111-112; Cito por la edición de OC de 1804.

10. ABENDROTH, W.: “El Estado de Derecho democrático y social”, en la publicación conjunta con trabajos de E. F. ORSTHOFF y K. DOEHRING: *El Estado social*, ob. cit., pp. 15-16.

11. Cfr. GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del estado contemporáneo*, ob. cit., pp. 83 ss; también en *Obras Completas*, ob., edic. y vol. cit., pp. 1719 ss.

12. SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de Teoría Política*, Editora Nacional, 7ª edic., Madrid, 1983, pp. 511-512.

13. RIOS, F. de los: “Prólogo” a JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado*, edic. cast., p. XLII.

14. DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho Público*, 2ª edic. cast., Madrid, 1926, entre otras muchas obras en las que trata esta institución, que ha devenido central en el Derecho público.

15. Las gravísimas rupturas de la Guerra Civil española y la Segunda Gran Guerra obedecieron a un complejo de causas, la mayoría de ellas de otra índole.

16. VALADÉS, D.: *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, ob.cit., pp. 24-25.

17. CABO MARTÍN, C. de: *La crisis del Estado social*, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), Barcelona, 1986, p. 19.

18. FORSTHOFF, E.: “Problemas constitucionales del Estado social”, ob. cit., pp. 45-55; cfr. igualmente “La Repubblica Federale Tedesca come stato di diritto e stato sociale”, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, julio-septiembre de 1956, pp. 547 y ss.

19. HAYEK, F. A.: *Los fundamentos de la libertad*, edic. cast., Fundación Ignacio Villalonga, Valencia, 1961, pp. 20 y 64 ss. Nótese la identificación, en pleno siglo XX, entre socialismo y comunismo soviético.

20. Cfr. PAREJO, L.: *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 35-42.

21. DOEHRING, K.: “Estado social, Estado de Derecho y orden democrático”, publicado con dos trabajos de E. FORSTHOFF y uno de W. ABENDROTH en el libro conjunto *El Estado social*, ob. cit., pp. 119-121 y 126-130 y 157-167.
22. MORTATI, C.: “Art. 1”, en *Commentario della Costituzione*, vol. I: *Principii fondamentali*, a cargo de G. BRANCA, Zanichelli & Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1975, pp. 45-46; cit. por PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 229.
23. ARAGÓN, M.: “Constitución española: economía de mercado y Estado social”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.): *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 114.
24. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: “El Estado social”, ob. cit., pp. 178-180.
25. Por ejemplo, en la STC18/1984, de 7 de febrero.
26. DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1966, cito por la edic. de 1972, pp. 116-120, 127 ss y 176. Se sumó a este planteamiento, sin mucho entusiasmo, P. LUCAS VERDÚ en *La lucha por el Estado de Derecho*, ob. cit.
27. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 223-237. Sin embargo, también PÉREZ LUÑO considera que el Estado social de Derecho y el Estado democrático de Derecho son diferentes, lo que le proporciona no pocos problemas a la hora de interpretar la fórmula del artículo 1.1 constitucional, lo consigue apelando al principio incuestionable de *unidad del texto*, que impide concluir que éste haya constitucionalizado tres tipos diferentes de Estado.
28. A. GARRORENA (*El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, 1980, pp.) puntualizó a este respecto que el artículo 1.1 no constitucionaliza, ni podría hacerlo, la sucesión del Estado social de Derecho por un tipo posterior y superior de Estado, concretamente el denominado “Estado democrático de Derecho”, entendido como socialista; “ni la estructura social española que sirve de referencia a dicho modelo en este caso... ni la lectura del resto del articulado nos sitúa ante un esquema —orgánico e ideológico— coherente con lo que dicha interpretación exigiría”.
29. Una exposición algo más detallada puede verse en mi trabajo “Realización del Estado social y ‘constitución económica’”, en TEROL BECERRA, M. J. (dir.): *El Estado social y sus exigencias constitucionales*, Instituto Andaluz de Administración Pública y Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 19-21.
30. ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.: *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional español*, León, 1996; cfr. OEHLING, A.: Dykinson, Madrid, 2011.
31. MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, V, 3; cfr. igualmente, los capítulos 5 y 8 del mismo libro.
32. TOCQUEVILLE, A. de: *La democracia en América*, edic. cast., Guadarrama, Madrid, 1969, pp. 365 ss; igualmente, “Estado social y político antes y después de 1789”, 1ª Parte, en *Inéditos sobre la Revolución*, edic. cast., Seminarios y Ediciones, S.A., Madrid, 1973, p. 245.
33. KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, edic. cast., Labor, Barcelona, 1977, p. 126.
34. Id.: *Forma de Estado y Filosofía*, editado con la obra anterior, pp. 138 y 147.
35. ROUSSEAU, J. J.: *El Contrato social*, II, 3.
36. MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, XI, 6; cfr. *Consideraciones sobre la causa de la grandeza y decadencia de los romanos*, IX.
37. TOCQUEVILLE, A. de: *La democracia en América*, ob. y edic. cits., passim, especialmente los capítulos 9, 24 y 25 de la edición consultada, pp. 118 y ss, 164 y ss y 270 y ss; también en “Estado social y político...”, ob. y edic. cits., p. 260. Cfr. REQUEJO, F.: *Las democracias...*, ob. cit., p. 91.

38. Cfr. las Constituciones consideradas clásicas del principio social: la italiana, artículos 39 y 40; la Ley Fundamental alemana, más parcamente, en su artículo 9.3, y el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 (al que remite la Constitución vigente de 1958) párrafos 5º y 6º.
39. Cfr. Constituciones italiana, art. 49; alemana, art. 9.1 y 2, aunque con severos reparos; francesa, art. 4º, etcétera.
40. Cfr. TAJADURA TEJADA, J.: “El principio de solidaridad en el estado autonómico”, Cuadernos de Derecho Público, nº 32, Madrid, 2007, págs. 77 y 99 ss.
41. PAREJO, L.: *Estado social y Administración Pública...*, ob. cit., p. 50.
42. CABO, C. de: *Crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986, p. 37.
43. LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha por el Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 93-94 y 118-119.
44. GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ob. cit., pp. 25 y 159; en *OC*, ob. y vol. cit., pp. 1602 y 1720; cfr. igualmente pp. 163-166 y 1724-1726 respectivamente.
45. REQUEJO, F.: *Las democracias: democracia antigua, democracia liberal y Estado de bienestar*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 92-94.
46. REQUEJO, F.: *La democracia...*, ob. cit., pp. 89-90.
47. *Ibidem*, pp. 124.
48. Id.: *Estado de Derecho...*, 1ª edic. (1991), p. 85; 2ª edic. (2004), p. 80; y *Principios...*, 2ª edic. (1988), vol. I, pp. 40-41; 5ª edic. (2004), vol. I, p. 49.
49. PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, 12ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 148.
50. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: “El Estado social”, *REDC*, nº 69, CEPC, Madrid, 2003, p. 142.
51. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 245.
52. TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional español*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 6ª edic., Madrid, 2010, vol. I, p. 54; y *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 3ª edic., p. 84.
53. *Ibidem*, mismos lugares.
54. TAJADURA TEJADA, J.: *El Preámbulo constitucional*, Comares, Granada, 1995.
55. PAREJO, L.: *Estado social y Administración Pública...*, ob. cit., p. 78.
56. Cfr. BENDA, E.: “El Estado social de Derecho”, ob. cit., p. 490, entre otras.
57. Cfr. COSSIO DÍAZ, J. R.: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989.
58. STC 12/1982, de 31 de marzo.
59. TORRES DEL MORAL, A.: “¿Qué igualdad?”, *RDP*, nº 44, UNED, Madrid, 1998, pp. 95 ss.
60. Cfr., por todas, STC 3/1983, de 3 de febrero.
61. COTARELO, R.: *Del Estado de bienestar al estado de malestar*, ob. cit., pp. 76-78.
62. Nunca de *discriminación positiva*, como suele decirse, porque el mismo artículo 14 constitucional no admite *discriminación alguna*; cfr. mi trabajo “¿Qué igualdad?”, ob. cit., pp. 79-102.

63. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: “El Estado social”, ob. cit., pp. 173-178.
64. OTTO, I. de: “Igualdad”, ob. cit., p. 454.
65. TORRES DEL MORAL, A.: *Principios...*, ob., edic. y vol. cits., p. 53.
66. ABENDROTH, W.: “El Estado de Derecho democrático y social”, y DOEHRING, K.: “Estado social, Estado de Derecho y orden democrático”; obs. cits.
67. Cfr. TAJADURA TEJADA, J.: “Introducción” a la obra dirigida por él mismo *Los principios rectores de política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, pp. 28 ss.; cfr. COSSIO DÍAZ, J. R.: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989, pp. 251-285.
68. PAREJO, L.: *Estado social y Administración Pública...*, ob. cit., pp. 87-91
69. Cfr. mis *Principios...*, ob., edic. y vol. cits., p. 619.
70. M. GARCÍA-PELAYO (“Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Obras Completas*, ob. cit., vol. III, p. 2857, nota 1) sugiere que el primero que empleó el concepto de “constitución económica” fue W. EUCKEN en su obra *Cuestiones fundamentales de la Economía Política* (1939, edic. cast, 1947).
71. Cfr. TORRES DEL MORAL, A.: *Principios...*, ob. cit., pp. 596 ss.
72. Sobre el Presupuesto como instrumento del Estado social, cfr. DÍEZ MORENO, F.: *El Estado social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 239 ss.
73. STC 37/81, de 16 de noviembre, y 1/1982, de 28 de enero.
74. Me he referido a este fundamental elemento en mis *Principios de Derecho Constitucional Español*. Trato específicamente de la unidad del sistema económico en vol. I, pp. 500-502; y, en general, a la unidad como principio fundamental del Estado autonómico, en vol. II, pp. 277-282, 287-292 y 296-298.
75. PRIETO DE PEDRO, J.: “Consideraciones sobre la enseñanza en la constitución”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (dir.): *Lecturas sobre la Constitución*, UNED, Madrid, 1978, y *Cultura, culturas y Constitución*, CEC, Madrid, 1992.
76. TAJADURA TEJADA, J.: “La Constitución cultural”, *RDP*, n.º 44, Madrid, 1998, y “Del derecho a la cultura a la cultura de los derechos”, en TEROL BECERRA, M. J. (dir.): *El Estado social y sus exigencias constitucionales*, ob. cit.
77. TORRES DEL MORAL, A.: “Derecho a la cultura”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, vol. V, 1988; cfr. *Principios...*, ob. y vol. cits., pp. 635 ss.; cfr. TAJADURA TEJADA, J.: “El acceso a la cultura”, en la obra dirigida por él mismo *Los principios rectores...*, ob. cit., pp. 263-290.
78. Por eso algunos autores (v. gr., M. A. GARCÍA HERRERA) entienden que la pertenencia a la Unión Europea desconstitucionaliza o desvirtúa un tanto el carácter social del Estado español.
79. BRILLAT, R.: “Prólogo” a JIMENA QUESADA, L.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de Reclamaciones Colectivas, vol. I: 1998-2005)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 19.
80. Este párrafo y los dos siguientes están redactados apoyándose libremente en las *Conclusiones del V Foro Andaluz de Derechos Sociales, en colaboración con la Red Académica de la Carta Social Europea*, celebrado en Sevilla durante los días 27 y 28 de abril de 2011, con ocasión del 50º aniversario de la Carta Social Europea.
81. JIMENA QUESADA, L.: *Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1996.
82. BRILLAT, R.: “Prólogo” a JIMENA QUESADA, L.: *La jurisprudencia...*, ob. cit., p. 19.

83. BURDEAU, G.: *La democracia*, edic. cast., Ariel, Barcelona, 1965, p. 64.
84. CABO, C. DE: *Teoría constitucional de la solidaridad*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 17-18.
85. JIMENA QUESADA, L.: *La jurisprudencia...*, ob. cit., p. 21.

## RESUMEN

A pesar de que la Constitución española no contiene específicamente la expresión “derechos sociales”, se establecen en su Título I una serie de disposiciones que pueden incluirse en dicha categoría normativa, en la medida en que se relacionan, de algún modo, con un cometido de bienestar que se atribuye al Estado. En esencia, los derechos sociales plantean dos cuestiones principales: por un lado, la cuestión acerca de su reconocimiento como derechos constitucionales; por otro lado, la cuestión relativa a su garantía constitucional, es decir, su eficacia y aplicación principalmente en sede judicial. Esta categoría jurídica no se define ni por su naturaleza jurídica ni por su régimen, sino que responde a una noción más compleja, que integra múltiples criterios y que halla su denominador común en su función constitucional en el ordenamiento jurídico, esto es, por su orientación a realizar el principio de igualdad real a través de la denominada “desmercantilización” de determinadas condiciones.

## PALABRAS CLAVE

DERECHOS SOCIALES, ESTADO SOCIAL, DESMERCANTILIZACIÓN, GARANTÍAS

## ABSTRACT

Although the Spanish Constitution does not specifically contain the term “social rights”, a number of provisions are set out in Part I that may be included in said classification, in that they relate in some way to the task of welfare assumed by the State. In essence, social rights raise two main issues: on the one hand, the question of their recognition as constitutional rights; on the other, the question of their constitutional guarantee, that is, their effectiveness and implementation especially in court. As a legal category it is not defined by its legal nature nor by its status, but responds to a more complex concept. This incorporates multiple criteria that have as their common denominator their constitutional role in the legal system, that is their orientation towards making real the principle of equality through the so-called “decommodification” of certain conditions.

## KEY WORDS

SOCIAL RIGHTS, SOCIAL STATE, DEMERCANTILIZATION, GUARANTEES

# LOS DERECHOS SOCIALES COMO CATEGORÍA NORMATIVA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Clara Marquet Sardà

Universitat Autònoma de Barcelona

**Sumario:** 1. Introducción: el difícil concepto de lo social. 2. La función de los derechos sociales: igualdad material y desmercantilización. A. La igualdad real como objetivo de componente económico. B. La igualdad real como actividad de desmercantilización. 3. Identificación de los derechos sociales en la Constitución española: una tipología. 4. La naturaleza jurídica de los derechos sociales. A. ¿Son verdaderos derechos? B. ¿Son derechos resistentes frente al legislador? C. ¿Qué tipo de obligaciones imponen? 5. Vinculación y eficacia de los derechos sociales. A. Vinculación negativa. B. Vinculación positiva. 6. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL DIFÍCIL CONCEPTO DE LO SOCIAL

A pesar de que la Constitución española no contiene específicamente la expresión “derechos sociales”, se establecen en su Título I una serie de disposiciones que, con diversas formas y estructuras, pueden incluirse en dicha categoría normativa, en la medida en que se relacionan, de algún modo, con un cometido social o de bienestar que se atribuye al Estado (art. 1.1 CE). La expresión “derechos sociales” designa, pues, de forma conjunta a estas entidades, que incluyen una gran variedad de enunciados constitucionales, pero que encuentran su punto de engarce, como se verá, en la función que realizan en nuestro ordenamiento jurídico<sup>1</sup>.

En esencia, como ya señalara BÖCKENFÖRDE, los derechos sociales plantean dos cuestiones principales desde un punto de vista constitucional: por un lado, la cuestión acerca de su reconocimiento como derechos constitucionales; esto es, su capacidad de vinculación al legislador democrático; por otro lado, la cuestión relativa a su garantía constitucional; es decir, su eficacia y aplicación principalmente en sede judicial<sup>2</sup>. Aunque el reconocimiento explícito de ciertos derechos sociales y sus garantías en la Constitución española aclara un poco los términos de la discusión, lo cierto es que su régimen jurídico sigue generando problemas y planteando oposiciones de todo tipo.

Por ello, conviene señalar que el debate aquí abordado se acota al terreno constitucional. Al margen de que, desde la filosofía del Derecho

o desde la teoría de los derechos humanos, los derechos sociales aparezcan como contenidos de la dignidad humana y merezcan por ello un mayor o menor nivel de protección<sup>3</sup>, el análisis que aquí sigue parte de las normas constitucionales que reconocen estos derechos como Derecho positivo en el sistema jurídico español, para dilucidar, principalmente, qué características tienen como categoría jurídica; a qué obligan —qué contenido establecen, respecto a quiénes—; y cuáles son sus posibilidades de protección desde la Constitución.

La categoría normativa “derechos sociales” plantea, es cierto, dificultades que se relacionan con su régimen jurídico y su eficacia constitucional. Sin embargo, estos problemas hunden sus raíces en un nivel más profundo, que se sitúa en las dificultades que genera su propia identificación y la comprensión de su significado en el ordenamiento —el adjetivo “sociales” no parece añadir mucho a su definición<sup>4</sup>—. Así, por ejemplo, para MAESTRO BUELGA el término se refiere al conflicto social que, integrado en el Estado a través de la Constitución del trabajo, da lugar al reconocimiento de ciertos derechos constitucionales —derechos, en esencia, en el ámbito laboral—<sup>5</sup>. Para COSSÍO DÍAZ o PRIETO SANCHÍS, los derechos sociales se identifican con derechos prestacionales, que dan lugar fundamentalmente a actuaciones positivas por parte del Estado<sup>6</sup>; mientras que según CASCAJO CASTRO, por poner otro ejemplo, se trata de aquellos derechos, no ya de los trabajadores, sino de los grandes colectivos que quedan fuera de los habituales mecanismos de distribución de riqueza<sup>7</sup>.

¿De qué se habla, entonces, cuando se hace referencia a los “derechos sociales”? Es difícil designar un único criterio que permita aprehender por sí solo la esencia de estas entidades. La definición de los derechos sociales requiere, por el contrario, una aproximación por un camino más prolongado, que permita desbrozar los aspectos que en ella se mezclan y hallar un criterio que agrupe y defina a estas entidades. Así, deben distinguirse, por una parte, las características de eficacia que estos derechos tienen en cuanto a normas constitucionales

—que no se refieren a elementos propios del derecho sino a su régimen constitucional—; y por otra, su naturaleza jurídica, que, si bien podría constituir un elemento más adecuado para su identificación, tampoco ofrece en ello grandes avances: como es sabido, algunos de los derechos que tradicionalmente se han encuadrado dentro de esta categoría dan lugar a obligaciones de abstención o de regulación de los poderes públicos —libertad sindical (art. 28.1 CE), derecho de huelga (art. 28.2 CE)—, mientras que otros entrañan principalmente obligaciones prestacionales —derecho a la educación (art. 27 CE), derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE)—, sin ser, aun así, los únicos que implican amplias actuaciones positivas para el Estado —piénsese, por ejemplo, en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) o el derecho de sufragio (art. 23 CE), que no forman parte de esta categoría—<sup>8</sup>.

Los derechos sociales, por tanto, no se definen ni por su naturaleza jurídica ni por su régimen constitucional —aspectos en los que presentan una amplia heterogeneidad—, sino que esta categoría jurídica responde a una noción más compleja, que integra múltiples criterios y que halla su denominador común, lejos de su régimen jurídico o de sus garantías, en la función constitucional que estas entidades llevan a cabo en el Estado social. La propia transformación del Derecho que se produce con esta forma de Estado, con la adquisición por el poder público de nuevas tareas que se desarrollan en el marco de la sociedad industrial, da lugar a la aparición de nuevas formas y figuras jurídicas en las que el fin u objetivo adquiere más relevancia que el concreto método por el que se realiza —el Estado ya no constituye una estructura separada de la sociedad, sino que incide y opera en ella con determinadas finalidades—. Por ello, los derechos sociales se muestran, en este contexto, como normas que se caracterizan principalmente por su función en el ordenamiento jurídico, esto es, como se verá, por su orientación a realizar el principio de igualdad real a través de la denominada “desmercantilización” de determinadas condiciones.

## 2. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: IGUALDAD MATERIAL Y DESMERCANTILIZACIÓN

La función de los derechos sociales, como elemento determinante de esta categoría jurídica, debe ponerse en relación con el contexto en el que surgen. El nuevo marco de relaciones que aparece con la sociedad industrial —el individuo no se reproduce ya a través de la naturaleza sino por medio del intercambio con la sociedad<sup>9</sup>—, junto con las reivindicaciones sociales y el proceso de democratización de la toma de decisiones públicas, dan lugar, como es sabido, a la constitucionalización de un pacto entre capital y trabajo, que supone encauzar el conflicto social a través del Estado: el poder público acoge ciertas demandas sociales y se constituye en mediador del conflicto social, integrando en su seno a un nuevo sujeto político, el trabajo, que pasa a participar en las decisiones públicas y se constituye al mismo tiempo como objeto de protección<sup>10</sup>.

Este pacto social y el nuevo papel que asume el Estado implica el reconocimiento, por primera vez, de la desigual posición de los diversos sujetos frente al Derecho, y de la necesidad de establecer ciertos mecanismos de protección de los individuos —inicialmente, los trabajadores—, más allá de la proclamación formal de la igualdad jurídica de todas las personas. En este acuerdo se manifiesta, como se conoce, uno de los trazos esenciales del proceso de formación del Estado social; en concreto, el tránsito de una concepción formal de la igualdad —entendida en la formulación clásica de LEIBHOLZ como razonabilidad y no arbitrariedad de las distinciones en la ley<sup>11</sup>— a un entendimiento material de su contenido —que permite distinciones normativas que tomen en cuenta la específica situación y circunstancias de los individuos<sup>12</sup>—. Igualdad formal y material devienen, así, continuas e interdependientes, y no alternativas que puedan realizarse por separado.

Ello se manifiesta en la Constitución española, en la que, si bien la igualdad se reconoce

con diversas formas y adquiere distintas dimensiones, halla su punto clave, de acuerdo con la proclamación del Estado social (art. 1.1 CE), en un mandato de transformación social a los poderes públicos, que les obliga a actuar, según se establece, para que “la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” (art. 9.2 CE)<sup>13</sup>. El principio de igualdad real se inserta, de este modo, en la Constitución, como un principio de dimensión trascendente de progresiva y permanente realización, que se constituye en fin de la actividad pública, impregnando todas sus vertientes<sup>14</sup>.

Aún así, es conocida la dificultad de determinar el contenido normativo de este precepto. Su estructura principal no concreta, específicamente, las cuestiones básicas que afloran en relación con una concepción material de la igualdad, esto es, qué igualdad, y respecto a quiénes, debe establecerse<sup>15</sup>. A pesar de que el Tribunal Constitucional ha utilizado este principio como “medida de razonabilidad” de las distinciones que pueda establecer el legislador (SSTC 49/1987, 19/1988)<sup>16</sup>, su virtualidad como corrección de la igualdad formal no puede llevar a desconocer el contenido positivo propio que, en el marco del Estado social, se desprende de su enunciado. Este principio vincula, en este contexto, al Parlamento y al resto de poderes públicos a tomar medidas concretas de forma obligatoria, de modo que no puede considerarse únicamente como precepto que aporta razones para justificar aquellas diferenciaciones que decidan realizarse atendiendo a criterios de oportunidad política<sup>17</sup>.

El significado de este principio debe extraerse, pues, de su enunciado en el artículo 9.2 CE. Este precepto establece dos elementos de dimensiones distintas: por un lado, introduce un objetivo de igualdad real que se exige como fin a realizar por el Estado; esto es, como objetivo final que debe alcanzarse; por otro lado, impone a los poderes públicos la realización de actuaciones concretas para la consecución de dicho objetivo, es decir, se refiere a la actividad específica por la cual debe perseguirse. Hay en el artículo 9.2 CE, por tanto, dos elementos

que deben dilucidarse: el concreto objetivo que se impone al Estado —¿en qué consiste, exactamente, la igualdad real?— y la actividad que se le exige —¿qué debe hacer el Estado para conseguirla?—.

### A. LA IGUALDAD REAL COMO OBJETIVO DE COMPONENTE ECONÓMICO

En relación con la primera cuestión, el precepto hace referencia a la realización de la “igualdad y libertad reales”, así como a la “participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural”. Ello traspasa, por tanto, el objetivo de la igualdad jurídica, entendida como igualdad ante la ley, y exige dar un paso más allá, eliminando aquellas desigualdades que, a nivel fáctico, siguen existiendo a pesar de la generalidad y el tratamiento igualitario de todos los individuos por la ley. Se trata, por tanto, de un objetivo que ancla su contenido en la situación real de los individuos, exigiendo al Estado, no únicamente que trate jurídicamente igual a los ciudadanos, sino que tenga en cuenta sus circunstancias específicas en la sociedad, utilizando sus instrumentos para suprimir las desigualdades de hecho que persisten.

En el Estado actual, no obstante, estas desigualdades se producen, no ya por elementos jurídicos —como en las estructuras del Antiguo régimen— o por aspectos hereditarios —piénsese en las sociedades esclavistas—, sino por las relaciones que tienen lugar en el mercado, con un indudable componente económico. Como señala PÉREZ ROYO, las relaciones en el Estado capitalista se realizan únicamente a través del mercado, que actúa como lugar de encuentro de los distintos sujetos y canaliza las relaciones de producción y distribución entre los diversos grupos e individuos; de modo que la persona no depende ya únicamente de su propia actividad para su subsistencia, sino que debe obtener, en la sociedad, los bienes y servicios que requiere para desenvolverse<sup>18</sup>. Ello conlleva, como consecuencia, una dependencia del mercado que se refleja en diversos

aspectos: por un lado, se produce una cierta mercantilización del individuo, que se ve obligado a vender su fuerza de trabajo para obtener un salario; por otro, se da una mercantilización de las necesidades, en la medida en que la obtención de los bienes y servicios para satisfacerlas se consigue únicamente a través del mercado. El Estado actual se enfrenta, pues, a una desigualdad que se expresa en términos económicos —una desigualdad en la competición general por la obtención de bienes que son escasos<sup>19</sup>—, puesto que el igual tratamiento jurídico de los individuos no garantiza de forma igual, a nivel fáctico, su acceso a los elementos que requieren.

La igualdad real a la que se refiere el artículo 9.2 CE constituye, por tanto, una igualdad en cuanto a la posición de los sujetos para obtener aquello que necesitan y para realizar su proyecto de vida en el sistema económico existente. Una igualdad, sin embargo, que no puede ser absoluta, sino que debe hacerse compatible con la libertad, y con la participación de todos los ciudadanos en la vida pública.

Ello conduce a plantear qué condiciones concretas se entienden incluidas en este objetivo final que constituye la igualdad real, y qué término de comparación debe adoptarse para valorarla. La doctrina ha hecho referencia, en este sentido, a diversos criterios. Por un lado, se ha sostenido que la igualdad material debe entenderse como igualdad en relación con las oportunidades de los sujetos; es decir, como igualdad en la situación de partida, que elimine los obstáculos arbitrarios y las discriminaciones para acceder a los procesos de producción y distribución de bienes, así como de toma de decisiones<sup>20</sup>. El objetivo de igualdad real incluiría, así, aquellos bienes y condiciones a los cuales es necesario acceder para la satisfacción de las necesidades básicas de la persona, de forma que la sitúen en una posición a partir de la cual pueda desarrollar sus aspiraciones en condiciones de igualdad con los demás individuos. Por otro lado, se ha defendido que la igualdad real no se circunscribe a la igualdad de oportunidades para acceder a la distribución, sino que incluye la igualdad derivada de la misma,

esto es, la igualdad de resultados, conforme a la cual debe utilizarse el proceso distributivo para realizar un reparto diferenciado de bienes entre individuos<sup>21</sup>. Así, el objetivo de igualdad real que impone la Constitución consistiría en garantizar a cada sujeto una distribución económica en proporción a sus necesidades y a su situación social, que no sólo le facilitara el acceso a los bienes y servicios necesarios, sino que asegurara su efectivo uso y disfrute.

Junto a estas dos vertientes de la igualdad real, que se refieren fundamentalmente a las desigualdades económicas en la obtención de bienes para cubrir las necesidades de la persona —en un sentido amplio, bienes materiales e inmateriales—, existe una tercera dimensión de la misma, que hace frente a la mercantilización del sujeto y de su actividad en el sistema económico. Ante esta situación, el principio de igualdad real obliga a los poderes públicos a situar al individuo en una posición en la que pueda influir en las decisiones de los agentes económicos, a través de la articulación de vías de participación y de medidas que pueda adoptar para hacer valer sus intereses frente al poder del mercado. La participación de los sujetos que actúan y venden su fuerza de trabajo en el mercado constituye, de este modo, un elemento importante del objetivo de igualdad real que impone el artículo 9.2 CE —expresamente mencionado, de hecho, en el precepto—, que supone integrarlos en el sistema, estableciendo vías para la defensa de sus intereses. Igualdad real implica, por tanto, no sólo igualdad de oportunidades o de resultados, sino también el goce de unas mismas posibilidades de participación e influencia en las decisiones que se dan en el sistema económico.

El artículo 9.2 CE no concreta, no obstante, qué condiciones específicas se entienden incluidas en el objetivo de igualdad real que establece. Como norma principal, su estructura abierta parece permitir la interpretación por los poderes públicos, de forma que serán éstos los que, en cada caso, decidan el criterio a adoptar para la realización de sus políticas, estableciendo, por tanto, los concretos elementos que consideren integrados en dicho

objetivo. Frente a ello, sin embargo, la Constitución sí concreta algunos de estos elementos, reconociéndolos como derechos sociales. Estos derechos completan el objetivo establecido en el artículo 9.2 CE, precisando las condiciones o elementos que, en una decisión ya tomada por el constituyente, se entiende que integran la igualdad material y deben garantizarse a todas las personas, asegurándoles su disfrute. La función de los derechos sociales, así, consiste en concretar el objetivo material de igualdad, obligando a los poderes públicos, en todo caso, a la realización del elemento que contienen y sustrayéndolo, por tanto, a su libre decisión.

## B. LA IGUALDAD REAL COMO ACTIVIDAD DE DESMERCANTILIZACIÓN

En relación con la segunda cuestión que se planteaba —¿qué actividad se exige al Estado para realizar la igualdad real?—, el artículo 9.2 CE hace referencia a tres tipos de actividades —promover, remover, y facilitar—, sin establecer ulteriores precisiones. De acuerdo con el objetivo a alcanzar, debe tratarse de una actividad que permita reducir las desigualdades de hecho presentes en la sociedad, tanto en relación con la obtención de bienes en el mercado como con respecto a la realización de actividades, con el fin de conseguir una transformación efectiva de la estructura social existente. Las desigualdades que existen en el Estado actual vienen dadas esencialmente, como se decía, por el funcionamiento del mercado; lo que requiere, para alcanzar el objetivo de la igualdad real, una actividad de corrección de este sistema y de alivio de las disfuncionalidades que genera, sustrayendo a su juego determinadas situaciones y bienes, que quedarán “desmercantilizados”<sup>22</sup>.

Ello es, precisamente, lo que establece la Constitución española a lo largo de su articulado. Se ha sostenido que la norma fundamental contiene una cierta aceptación de la estructura económica capitalista<sup>23</sup>, por cuanto recoge los rasgos básicos de la economía de mercado —el mercado constituye, para cier-

tos autores, una garantía institucional<sup>24</sup>—, reconociendo derechos como la propiedad (art. 33 CE) o la libertad de empresa (art. 38 CE). Sin embargo, el texto constitucional establece al mismo tiempo, como es sabido, algunas matizaciones que modulan el funcionamiento de estas normas: los derechos económicos quedan desfundamentalizados —están excluidos de las garantías de la Sección I del Capítulo II<sup>25</sup>—, y su valor absoluto se modula por la subordinación de su contenido a otros principios del Estado social —el contenido de la propiedad queda delimitado por su función social (art. 33.2 CE), y la libertad de empresa debe ser protegida en su ejercicio por los poderes públicos “de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación” (art. 38 CE)—. La Constitución, por tanto, contiene caracteres de un modelo económico basado en un sistema capitalista, si bien abre al mismo tiempo ciertos espacios para su corrección y modulación, a través del reconocimiento de derechos sociales y de la intervención en el mismo de los poderes públicos, espacios en los que pueden establecerse las vías para la transformación social que propugna el artículo 9.2 CE. No se pone en cuestión la pervivencia de la estructura del modo de producción capitalista —la transformación de la sociedad debe darse, propiamente, dentro de ella<sup>26</sup>—, pero sí se exige una actividad de corrección de este sistema económico.

Así, de acuerdo con HÄBERLE, el mercado en el Estado constitucional actual queda estructurado, funcionalizado, conformado normativamente y constituido jurídicamente, como parte de lo que abarca el contrato social<sup>27</sup>. Es la propia Constitución la que delimita y limita su funcionamiento, dando lugar a un nuevo poder del Estado —un poder económico—, que le permite intervenir en la economía con una finalidad correctora de las desigualdades<sup>28</sup>. La Constitución española contiene, así, ciertas disposiciones que se refieren a la intervención del Estado en la economía, con carácter habilitador en unos casos —iniciativa pública en la actividad económica, reservas de recursos o servicios esenciales al sector públi-

co, intervención de empresas (art. 128.2 CE); planificación económica (art. 131.1 CE)— y de modo aparentemente imperativo en otros —subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE), establecimiento de las formas de participación en la Seguridad Social y en otros organismos públicos (art. 129.1 CE), entre otros—.

De este modo, si anteriormente se decía que los derechos sociales reconocidos en la Constitución señalan aquellos concretos bienes que, como mínimo, integran el objetivo constitucional de la igualdad real (art. 9.2 CE), los preceptos del Título VII CE establecen un conjunto de instrumentos que podrán ser utilizados para la realización de dicho fin. El cumplimiento de los derechos sociales exige, por tanto, una actividad de corrección del mercado e incluso de sustracción a este sistema de determinadas condiciones del sujeto, que permita a los individuos realizar sus necesidades básicas y desarrollar su actividad al margen del mercado —esto es, por otras vías no dependientes absolutamente del sistema económico—.

Si se mira a los países nórdicos, esta función de los derechos sociales en relación con el mercado aparece claramente delimitada. Como ya señalara ESPING-ANDERSEN, los derechos sociales se conciben como “derechos de desmercantilización”, por lo que su virtualidad radica en garantizar la posición del sujeto en la sociedad fuera del mercado, permitiéndole la satisfacción de sus necesidades básicas y la subsistencia temporal independientemente de su actuación laboral<sup>29</sup>. Más allá del concreto nivel de gasto público o de prestación a los individuos, por tanto, la fortaleza del sistema de bienestar se mide en razón del grado de independencia que proporciona al sujeto respecto al sistema económico, lo que implica para el Estado establecer vías —de diversos tipos— para que el desarrollo vital de la persona no dependa exclusivamente de su capacidad económica.

Así, los sistemas nórdicos de bienestar se han orientado, fundamentalmente, a la regulación de mecanismos que, si bien no consti-

tuyen el principio general en el ordenamiento —su operatividad es subsidiaria al mercado—, permiten, en el caso en que el individuo no pueda utilizar los habituales mecanismos económicos de obtención de bienes y servicios, satisfacer igualmente sus necesidades, y mantener un nivel de vida equivalente al que tenía anteriormente<sup>30</sup>. Los derechos sociales se entienden, en estos Estados, como garantía de subsistencia fuera del mercado, lo que se concreta en el acceso a servicios y bienes por la vía pública, y en la recepción de prestaciones del Estado que aseguran su nivel de vida hasta que el individuo pueda reincorporarse al mercado laboral. Todo ello se produce, no únicamente respecto a las necesidades básicas del individuo, sino respecto a lo que constituyen, según VAHLNE WESTERHÄLL, las “necesidades sociales del individuo”; es decir, todo aquello que el sujeto requiere para llevar una vida digna en el marco de la sociedad<sup>31</sup>. Así, el principio de igualdad, junto con el principio de necesidad entendido en sentido amplio, da lugar en estos sistemas al reconocimiento de una serie de derechos que entrañan la limitación del mercado y la desmercantilización de ciertos elementos, a través de la construcción de un espacio separado en el que el sujeto pueda igualmente subsistir en condiciones normales, obteniendo aquello que requiere por la vía pública —una vía, esencialmente, administrativa—.

La función de los derechos sociales en nuestro ordenamiento se concreta, por tanto, en dos aspectos. Además de señalar aquellos concretos bienes que integran, en todo caso, el objetivo de igualdad real del artículo 9.2 CE —completando, así, su significado—, obligan al poder público a una actividad de desmercantilización de los bienes jurídicos que protegen, sustrayendo al mercado aquellos elementos que quedan normalmente sujetos al mismo; en concreto, el desarrollo del trabajo de la persona —deben establecerse ciertas regulaciones que se impongan a las reglas del mercado (el trabajador no queda completamente sujeto a la voluntad del empresario)—, los bienes relativos a la satisfacción de necesidades de la persona —deben establecerse mecanismos, fundamentalmente,

de servicio público—, y la subsistencia del individuo fuera del mercado —deben otorgarse, principalmente, prestaciones económicas—. Los derechos sociales adquieren, así, una “eficacia social desmercantilizadora”, que permite la pérdida de la condición de mercancía a los individuos y a sus necesidades<sup>32</sup>.

Esta actividad de desmercantilización puede realizarse, por tanto, a través de diversas actuaciones de los poderes públicos. En ciertos casos, la limitación del mercado pasa por una simple regulación de ciertas condiciones o procedimientos que deben cumplirse en el mismo, o bien de cierta facultad de los sujetos que en él intervienen —piénsese, por ejemplo, en la libertad sindical o el derecho de huelga—. En otros casos, la actividad desmercantilizadora consiste en la creación y mantenimiento de servicios públicos que, como vías alternativas al mercado, permitan al individuo satisfacer sus necesidades con independencia de su situación económica, accediendo a servicios gratuitos o de bajo coste —por ejemplo, en el caso de la educación o la salud—. Por último, en otros supuestos lo que se sustrae al mercado es la actividad de redistribución de beneficios económicos, estableciendo el Estado una serie de prestaciones económicas en función de la situación social y económica del sujeto, y no en función de los beneficios que genere su actividad económica —piénsese, por ejemplo, en las prestaciones de seguridad social—.

### 3. IDENTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UNA TIPOLOGÍA

De acuerdo con los criterios establecidos, son derechos sociales aquellos que concretan los elementos integrantes del objetivo de igualdad real (art. 9.2 CE) —ya se orienten a la igualdad de oportunidades, a la igualdad de resultados, o a la participación—, y que imponen a los poderes públicos una actividad de desmercantilización —ya sea ésta de regu-

lación, de prestación de servicios públicos, o de prestaciones económicas—, que asegure a la persona la subsistencia de forma digna fuera de los habituales mecanismos de mercado. Ello da lugar a una cierta tipología de derechos sociales, según la actividad de desmercantilización que requieran, y excluye, por otro lado, a otros derechos que no cumplen los mencionados criterios.

Los derechos excluidos de esta categoría serán aquellos que, en la medida en que se refieren a un bien cuyo disfrute no es excluyente para otras personas ni depende de la creación humana, no cumplen una función de desmercantilización en el ordenamiento, situándose fuera de la órbita de la provisión por el mercado y lejos de la escasez a la que se enfrentan los derechos sociales. Se trata principalmente, en nuestra Constitución, del derecho al medio ambiente (art. 45.1 CE), que no puede ser provisto a través del mercado y que, si bien puede constituir una necesidad básica del individuo, responde a una lógica distinta a la de los derechos sociales.

En cambio, se incluyen dentro de la categoría de derechos sociales distintos tipos de derechos. Un primer grupo se integraría por aquellos derechos que se orientan a facilitar la “participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE) y que establecen mecanismos de integración y participación de los diversos sectores en la vida pública y en la toma de decisiones en el mercado, ya sea atribuyéndoles ciertas facultades en sus relaciones con el poder económico —libertad sindical (art. 28.1 CE), derecho de huelga (art. 28.2 CE), derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE)—, o ya sea a través de la regulación de ciertas condiciones que deben garantizarse en todo caso en el mercado —derecho al trabajo y a ciertas condiciones laborales (art. 35 CE), protección de los consumidores (art. 51 CE)—. En ambos casos, se trata de derechos que, reconocidos en su mayor parte en el Capítulo II del Título I CE, concretan los elementos del objetivo constitucional de

igualdad real, estableciendo, como condición imprescindible para la supresión de las desigualdades económicas existentes, la necesaria participación de estos distintos colectivos en las decisiones del mercado y la atribución de un mayor peso real frente a los agentes económicos. La desmercantilización consiste, aquí, en una actividad de regulación de los poderes públicos, que deben reconocer y desarrollar el contenido de estos derechos para garantizar su adecuado ejercicio, concretando los procedimientos, las facultades y las vías que tiene el individuo para ejercerlos, independientemente de los intereses predominantes en el mercado.

Un segundo grupo de derechos viene constituido por aquéllos que se orientan a la realización de la igualdad de oportunidades, de acuerdo con el artículo 9.2 CE, en el sentido de garantizar ciertas vías de acceso a bienes y servicios al margen del mercado, situando por tanto a todas las personas en un mismo punto de partida igualador. Se trata, en nuestra Constitución, del derecho a la educación (art. 27.1 CE), el derecho a la salud (art. 43.1 CE), el derecho de acceso a la cultura (art. 44.1 CE), y el derecho al disfrute de una vivienda digna (art. 47 CE), que se reconocen en el Capítulo III del Título I CE y dan lugar, principalmente, a obligaciones de organización y creación de servicios públicos, como vías de acceso a los elementos que el particular puede requerir y que puede obtener, así, fuera del mercado —con bajo coste o de forma gratuita—.

Por último, otro grupo de disposiciones reconocidas en la Constitución se integra por aquellas que se dirigen a proporcionar a los individuos un cierto nivel de igualdad en los resultados, como derivación del proceso de distribución. Se trata, concretamente, de los contenidos que se establecen en el Capítulo III del Título I CE, no como derechos, sino como mandatos a los poderes públicos (principios rectores) —por ejemplo, la protección de la familia (art. 39 CE), la promoción de las condiciones de progreso social y económico y de distribución de la renta y pleno empleo (art. 40.1 CE); las prestaciones de un régimen público de seguridad social (art. 41 CE); la atención a

los disminuidos (art. 49 CE), o las pensiones adecuadas a los ciudadanos de la tercera edad (art. 50 CE)—. Estos principios dan lugar, en su mayor parte, a obligaciones de prestaciones económicas —aunque requieren también una regulación y organización de dichas prestaciones—, que entrañan una limitación de los mecanismos de redistribución inherentes al propio mercado, estableciendo, por el contrario, un sistema de prestaciones que opera, no según el rendimiento que genere su actividad económica, sino en base a las necesidades y situación de la persona.

#### 4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Estos distintos tipos de derechos sociales dan lugar a una categoría normativa con una naturaleza jurídica diversificada, que plantea distintas cuestiones y da lugar a distintas soluciones según el tipo de precepto de que se trate. En esencia, se plantean en relación a estos preceptos tres interrogantes: la duda acerca de si constituyen verdaderos derechos; su posible consideración como derechos constitucionales, esto es, derechos resistentes frente al legislador; y la cuestión acerca de qué tipo de obligaciones imponen, es decir, qué tipo específico de derechos son.

##### A. ¿SON VERDADEROS DERECHOS?

La condición de derechos de aquellos que se encuentran enunciados como tales en el Capítulo II del Título I de la Constitución no genera demasiadas dificultades, a pesar de su contenido social y con las matizaciones necesarias en su régimen jurídico. Son derechos, así, el derecho a la educación (art. 27.1 CE), la libertad sindical (art. 28.1 CE), el derecho de huelga (art. 28.2 CE), el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE), e incluso el derecho al trabajo,

entendido, en la interpretación del Tribunal Constitucional, como el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo siempre que se cumplan los requisitos de capacitación necesarios y como derecho a la estabilidad o continuidad en el empleo (STC 22/1981). Estos derechos gozan, según los artículos 53.1 y 53.2 CE, de exigibilidad directa ante los Tribunales; lo que deja fuera de dudas su carácter de derechos individuales, en la medida en que permiten al individuo movilizar el poder público a favor de la realización de su interés<sup>33</sup>.

El problema se plantea, pues, en relación con el segundo y tercer grupo de preceptos, que, bajo la rúbrica “Principios rectores de la política social y económica”, se establecen en el Capítulo III del Título I CE. Al margen de que, como ha establecido el Tribunal Constitucional, estos enunciados no constituyen disposiciones programáticas sino verdaderas normas con efectos jurídicos normativos (STC 1/1981), la reducida eficacia judicial que se les atribuye ha puesto en cuestión su auténtica naturaleza de derechos, por cuanto el particular no puede, sin una previa configuración legal que los establezca como tales, invocar estas disposiciones para exigir su cumplimiento ante los Tribunales (art. 53.3 CE).

Ante ello sin embargo, debe notarse que el Capítulo III del Título I CE tiene un contenido muy diverso, en el que, además de reconocerse mandatos al legislador y principios de actuación para los poderes públicos, se establecen ciertas disposiciones que reconocen “derechos” literalmente. Existe, por tanto, una cierta voluntad de distinción entre los diversos contenidos del Capítulo III que se desprende del propio texto constitucional; lo que obliga a cuestionar si, en efecto, estos enunciados establecen auténticos derechos, y si lo hacen también aquellas disposiciones del mismo Capítulo que no contienen expresamente dicho término.

Evidentemente, la respuesta a esta cuestión depende del concepto de derecho que se adopte. La noción de derecho subjetivo surgida de la doctrina alemana del Estado liberal<sup>34</sup>, entendida como relación bilateral entre Estado e

individuo, y por tanto como facultad de un sujeto de accionar en su favor el aparato estatal, ha dado lugar a una visión extendida que exige la presencia de una garantía esencialmente judicial para aceptar la existencia de un derecho; lo que, unido a la dificultad de atribuir el aseguramiento de los derechos sociales al poder judicial desde la Constitución, restringe notablemente esta noción<sup>35</sup>. Sin embargo, debe señalarse que el concepto de derecho adquiere, más allá de esta definición clásica, múltiples formas y expresiones, que no necesariamente se adaptan a dicha estructura. Así, el concepto de derecho público subjetivo de la doctrina iuspositivista ha sido fuertemente contestado por otras corrientes, como los realistas escandinavos, que, con una visión más abierta de esta noción, han admitido la imposibilidad de circunscribirla a una determinada estructura, admitiendo que se ensamblan en ella relaciones jurídicas, poderes, obligaciones y pretensiones de naturaleza diversa<sup>36</sup>.

En el marco del Estado social, el concepto de derecho escapa a la estructura clásica positivista. La relación bilateral entre Estado e individuo se extiende y adquiere, por las circunstancias que afronta y que penetran el Derecho, una forma tridimensional. Los derechos no son ya facultades frente a los poderes públicos, sino, como se decía por la función que se les atribuye, derechos frente al mercado, que constituye el verdadero sujeto limitado y cuya actuación —la de los sujetos económicos que en él operan— puede generar su eventual violación. Así, si anteriormente los poderes públicos constituían al mismo tiempo el sujeto limitado por los derechos y su propio destinatario, obligado a darles cumplimiento, con el Estado social esta relación se desdobra, dando lugar, por un lado, a un sujeto limitado —el mercado—, obligado a no violar estos derechos (vinculación negativa); y, por otro, a un sujeto destinatario —el poder público— vinculado también en sentido negativo pero sobretodo obligado a actuar para darles cumplimiento (vinculación positiva). Ello requiere, así, que los poderes públicos, además de controlar su propio comportamiento, controlen los efectos

del sistema económico, ya sea limitando la actuación de los sujetos que operan en el mismo, o interviniendo activamente para paliar ciertas situaciones.

Esta situación transforma, al mismo tiempo, las vías de aseguramiento de estos derechos. En la medida en que su realización corresponde, principalmente, a la Administración —sujeto principal encargado de articular la limitación del mercado y la intervención pública en la economía<sup>37</sup>—, la resolución judicial de los casos que plantean, aunque puede darse en ciertos supuestos, no constituye su principal garantía, puesto que su aseguramiento requiere realizar un control de la Administración, no sólo en su vertiente de vinculación negativa —control de legalidad y de no arbitrariedad—, sino también de su vinculación positiva —control de la adecuación de su actuación—. La cuestión de la garantía del derecho, y con ello el propio concepto de derecho, deviene, pues, muy relativa: no necesariamente se trata de una garantía judicial, ni siquiera de una facultad del individuo frente al poder público —su efecto se sitúa, más bien, como límite a particulares—, lo que amplía substancialmente las posibilidades en cuanto a su estructura y a las relaciones que comprende. El reconocimiento del derecho no depende, por tanto, de sus garantías o de su estructura concreta, sino que deriva de su propio enunciado como tal en la Constitución, que lo dota ya de una garantía primaria, independientemente de las garantías secundarias que quieran establecerse para su protección<sup>38</sup>.

El concepto de derecho subjetivo, por tanto, puede aplicarse a derechos que no tengan expresamente establecidas sus garantías secundarias y, lo que es más importante, a derechos cuya garantía no recaiga exclusivamente en el poder judicial —lo que no implica que carezcan de protección sino que pueden tener, en cambio, garantías administrativas o institucionales—. Por ello, los derechos reconocidos expresamente en el Capítulo III del Título I CE pueden considerarse como tales, en la medida en que su propio enunciado reconoce un “derecho” y que, como se verá, obligan a los

poderes públicos como normas constitucionales, previéndose asimismo distintas formas de garantía secundaria para su protección. Por el contrario, no son derechos en sentido estricto el resto de disposiciones del Capítulo III, que establecen, según su enunciado normativo, mandatos al legislador o principios de actuación de los poderes públicos, sin perjuicio de que en su posterior desarrollo puedan ser establecidos como tales —no serán ya derechos constitucionales, sino derechos legales—.

## B. ¿SON DERECHOS RESISTENTES FRENTE AL LEGISLADOR?

Que todos los enunciados que la Constitución reconoce como tales deban ser considerados derechos no significa, sin embargo, que todas las normas constitucionales tengan el mismo grado de exigibilidad y la misma eficacia frente al legislador. Ciertos derechos tienen, según la propia norma fundamental, un mayor grado de resistencia, por la exigencia, ante su regulación legislativa, del respeto en todo caso a una serie de límites que circunscriben y reducen la regulación del Parlamento<sup>39</sup>.

Un sector importante de la doctrina ha cuestionado, en este sentido, la virtualidad de los derechos sociales como normas constitucionales, por cuanto éstos tendrían, por su poca concreción y su esencial naturaleza prestacional, una falta de capacidad normativa interna que los distinguiría de otros e impediría su consideración como derechos constitucionales<sup>40</sup>. Sin embargo, ante ello debe señalarse que los derechos sociales tienen un objeto específico y un contenido determinado en la Constitución —a pesar de que pueda entrañar diversas opciones de realización—, que obliga positivamente al legislador a su desarrollo y que presenta una indudable resistencia frente a sus eventuales limitaciones, en distintos niveles según el grupo de derechos de que se trate.

En los derechos del Capítulo II del Título I CE, la habilitación del legislador para concretar el contenido constitucionalmente protegido de cada uno de ellos (art. 53.1 CE) consiste únicamente en hacer visible aquel contenido

que la Constitución ya contiene, efectuando una ponderación con los demás derechos y bienes protegidos por la norma fundamental, de modo que no cabe un acto creativo de invención de contenidos —si el legislador los añade, éstos serán contenidos adicionales, no estrictamente constitucionales—<sup>41</sup>. El legislador cuenta aquí, por tanto, con un escaso margen de libertad —el artículo 53.1 CE no constituye una habilitación general para limitar los derechos constitucionales<sup>42</sup>—, si bien a él le corresponde efectuar esta ponderación que, extraída de la norma constitucional, permita conocer con más detalle el contenido de los derechos constitucionales.

Sin embargo, la eventual limitación de estos derechos no plantea excesivos problemas de control por cuanto, sea más o menos concreto su enunciado, el legislador está sujeto, en todo caso, a diversos límites: por un lado, está obligado al respeto del contenido esencial del derecho, que se erige en ámbito intangible para él (art. 53.1 CE); y por otro está sujeto, incluso fuera de este núcleo esencial, a la necesidad de justificar cualquier restricción que quiera establecer dentro del contenido constitucionalmente protegido (principio de proporcionalidad)<sup>43</sup>. Aunque es cierto que en las obligaciones prestacionales existe un cierto margen de indefinición, que será interpretado por el aplicador, esta interpretación presupone un objeto que se halla definido propiamente en la Constitución<sup>44</sup>, lo que implica que estos derechos están capacitados para resistir frente al legislador.

Mayores dificultades plantean, por el contrario, los derechos del Capítulo III del Título I CE. Y ello no porque su contenido sea menos concreto —si estuvieran reconocidos con el mismo enunciado en el Capítulo II no plantearían mayores problemas que los demás<sup>45</sup>—, sino porque no existe, en este caso, una cláusula específica de sujeción del legislador a un supuesto contenido esencial, estableciéndose simplemente que el reconocimiento, el respeto y la protección de dichas disposiciones “informará la legislación, la práctica judicial, y la actuación de los poderes públicos”, y su-

jetándose su plena eficacia judicial a la propia intervención del legislador (art. 53.3 CE). Si bien podría sostenerse la exclusión de los derechos del Capítulo III respecto al régimen del artículo 53.3 CE —éste se refiere, únicamente, a los principios rectores<sup>46</sup>—, ésta no parece la interpretación más plausible —de lo contrario, éstos serían los únicos preceptos del Título I sin previsión específica de garantías— si bien tampoco significa que el legislador tenga una absoluta libertad en su regulación.

La cuestión se sitúa, más que en la mayor o menor concreción de estos preceptos, en el significado que deba atribuirse al término “informará”, y en los efectos que éste despliegue en relación con los distintos enunciados del Capítulo III. Así, dentro de la normatividad de todos los preceptos de este Capítulo, su concreta capacidad de regir u orientar la legislación dependerá de su enunciado normativo —su distinto reconocimiento como derechos o como principios (mandatos al legislador)—; de modo que, según la formulación jurídica que adquieran, podrán informar en distintas formas la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos<sup>47</sup>. Ello tiene coherencia con las diversas figuras jurídicas que la Constitución prevé dentro de este mismo Capítulo y supone otorgar relevancia, no únicamente al régimen jurídico previsto en el artículo 53.3 CE, aplicado de manera uniforme, sino al concreto enunciado que prevé la norma fundamental para la pluralidad de entidades de este Capítulo.

De acuerdo con este razonamiento, los contenidos que se reconocen como derechos en el Capítulo III vinculan también al legislador, y lo hacen con una mayor intensidad que los principios, puesto que su reconocimiento constitucional con esta forma jurídica obliga al Parlamento a recogerla en la ley que los desarrolle —deberán ser reconocidos como derechos—, no pudiendo además desconocer el contenido que se desprende del propio precepto constitucional (vinculación negativa). Los derechos del Capítulo III tienen, por tanto, un contenido mínimo por el mero hecho de ser normas constitucionales<sup>48</sup>, lo que supone, por

un lado, su existencia desde la propia Constitución —a pesar de que requieran, para su plena eficacia ante la jurisdicción, la configuración de su contenido por el legislador<sup>49</sup>—, e implica, por otro, que su restricción, aunque no esté sujeta a un ámbito intangible en todo caso, deberá justificarse razonadamente y responder a las exigencias del principio de proporcionalidad. El legislador podrá, por tanto, configurar la totalidad de este contenido, si bien dicha configuración deberá adecuarse a la concreta forma jurídica y a las facultades que inequívocamente se desprenden de la Constitución, pudiendo ser objeto de control por el Tribunal Constitucional, quien deberá verificar que, como mínimo, estos derechos tengan en su configuración legislativa un contenido que permita la desmercantilización del bien en cuestión<sup>50</sup>.

En cambio, los contenidos reconocidos como principios rectores en el Capítulo III plantean una situación distinta. En este ámbito, en el que no se habla ya estrictamente de derechos, la Constitución obliga únicamente a la existencia de ciertas regulaciones que se dirijan a la consecución de determinados objetivos —objetivos que se orientan, como se decía, al establecimiento de ciertos niveles de igualdad en los resultados—, sin establecer, no obstante, la concreta forma jurídica que deba atribuírseles en su desarrollo. Ello no significa, sin embargo, que el legislador no esté obligado por el contenido propio que estos preceptos tienen como normas constitucionales, sino que, a diferencia de lo que sucede con los derechos del Capítulo III, la naturaleza principal de estas normas sitúa su regulación legislativa fuera de la lógica de la restricción del contenido de un derecho, puesto que no implican, al menos en su regulación constitucional, facultades que puedan activarse por los particulares y que puedan ser objeto de limitación —no constituyen, en este sentido, derechos constitucionales—. Ello implica, por tanto, que el legislador tiene libertad para configurar y articular las políticas que deriven de los principios rectores con diversas formas jurídicas, si bien está obligado a realizar, en la mayor medida

posible, el contenido que de ellos se desprende, como mandatos de optimización que rigen la actuación de los poderes públicos<sup>51</sup>.

### C. ¿QUÉ TIPO DE OBLIGACIONES IMPONEN?

La función específica que realizan los derechos sociales respecto al mercado determina que estos derechos impliquen, principalmente, obligaciones positivas para los poderes públicos<sup>52</sup>. Su contenido desmercantilizador supone que, en una gran mayoría de casos, el principal sujeto limitado por el derecho no sea el propio Estado —lo que le obligaría a una mera abstención, a un no actuar para no vulnerar el derecho—, sino los agentes que operan en el sistema económico; lo que exige a los poderes públicos, además de abstenerse de vulnerar el derecho, actuar para asegurar el respeto a estos derechos en el mercado, en una obligación que, si bien puede realizarse de distintos modos, supone siempre una actuación que va más allá de la inactividad del Estado.

Aun así, la realización de actuaciones positivas no es exclusiva de este tipo de derechos —también los derechos civiles y políticos conllevan a veces amplias obligaciones positivas—, ni implica en todo caso una actividad prestacional —la actuación positiva puede adquirir múltiples formas, siendo la prestación únicamente una de ellas—. Por ello, cabe afirmar que la naturaleza de los derechos sociales es compleja y, aunque se caracterice por una mayor vinculación positiva de los poderes públicos, implica a menudo obligaciones de diversos géneros al mismo tiempo, dependiendo del tipo de derecho de que se trate<sup>53</sup>.

Así, los derechos del primer grupo que se mencionó, que se dirigen a facilitar la participación y la integración de ciertos colectivos en el Estado, dan lugar principalmente a obligaciones de regulación para los poderes públicos, ya sea con el objeto de garantizar al individuo el ejercicio libre de ciertas facultades frente al empresario —libertad sindical (art. 28.1 CE), derecho de huelga (art. 28.2 CE), entre otros—, ya sea con el fin de asegurar ciertas

condiciones que deben cumplirse en el mercado —condiciones laborales (art. 35 CE), protección de los consumidores (art. 51 CE)—. El legislador tiene, en estos derechos, una especial obligación de regular las condiciones de su ejercicio y de extraer su contenido (art. 53.1 CE) con el fin de permitir su adecuada realización y ejercicio, si bien estos preceptos generan efectos desde la propia Constitución incluso ante la falta de una regulación de este tipo.

Los derechos del segundo grupo, dirigidos al establecimiento de ciertas condiciones de igualdad de oportunidades (derechos del Capítulo III Título I CE, a excepción del derecho a la educación), exigen a los poderes públicos una actuación más compleja, que consiste, de acuerdo con la función que realizan, en la creación de vías alternativas al mercado, que permitan al individuo satisfacer ciertas necesidades al margen del sistema económico. Se trata, en este sentido, de obligaciones relativas a la creación y organización de servicios públicos, que entrañan actuaciones tanto por parte del legislador —en cuanto a la regulación de estos servicios— como para la Administración pública —en relación con la propia organización, funcionamiento y prestación de los mismos—<sup>54</sup>. El servicio público constituye, así, la técnica que la Constitución pone a disposición de los poderes públicos para la realización de estos fines, posibilitando la iniciativa pública económica y la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales (art. 128.2 CE), en lo que supone la incorporación de esta institución a la norma fundamental<sup>55</sup>.

Ello no significa, sin embargo, que en estos ámbitos se excluya toda iniciativa privada. El concepto de servicio público —inicialmente comprendido en la doctrina española como actividad reservada en monopolio a la Administración pública— adquiere actualmente un significado más amplio, que se refiere a la asunción por la Administración de la responsabilidad por la garantía de determinadas prestaciones técnicas, pudiendo éstas ser realizadas por el sector privado o por el sector público<sup>56</sup>. Por ello, a pesar de que no existe, en estos derechos, una facultad del particular de reclamar la

propia creación de un servicio público<sup>57</sup> —esta decisión viene impuesta por la Constitución pero requiere que el legislador decida su forma de organización—, sí debería ser posible reclamar, con base al enunciado constitucional, un derecho de acceso a estos servicios una vez hayan sido regulados por el legislador, obligando a la Administración a actuar para la garantía de esta vía de desmercantilización, cualquiera que sea la forma de gestión del servicio<sup>58</sup>.

Por otra parte, los contenidos reconocidos como principios rectores en el Capítulo III imponen, para su realización, obligaciones que, aunque pueden implicar también la creación de servicios públicos —servicios sociales, seguridad social—, suponen en su mayor parte la realización de prestaciones de contenido económico, de acuerdo con su finalidad de orientación a la igualdad en los resultados. Se trata, por tanto, de principios que obligan a una cierta redistribución del producto económico entre los individuos, a través de prestaciones dirigidas a determinados grupos —familias, personas mayores, disminuidos, entre otros—, o bien mediante ayudas ligadas a la realización de alguno de los derechos proclamados en este Capítulo. En estos casos, como se dijo, el legislador tiene una mayor libertad de configuración de su contenido y de su forma jurídica, determinando el grado de desmercantilización que se ofrece.

## 5. VINCULACIÓN Y EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales, como categoría normativa, vinculan a los poderes públicos tanto en una vertiente negativa como positiva, además de presentar una especial sujeción de los particulares. Esta vinculación adquiere, como se verá, intensidades diversas según el grupo al que pertenezcan, por efecto del distinto régimen jurídico que prevé la Constitución y de la eficacia que, según ésta, tienen para los distintos poderes. Se ha hablado anteriormen-

te de la vinculación negativa del legislador a los derechos sociales, por lo que queda hacer referencia a los problemas que plantea la sujeción negativa de los demás poderes y de los particulares (eficacia negativa de los derechos), así como a la vinculación positiva de todos los poderes públicos (eficacia habilitadora e imperativa).

### A. VINCULACIÓN NEGATIVA

En un sentido negativo, es evidente que tanto el poder ejecutivo como el poder judicial resultan vinculados por los derechos sociales, sea cual sea su ubicación en el Título I CE. Incluso en el caso de los principios del Capítulo III existe, como se ha visto, un contenido que se desprende de la Constitución —que puede ser más o menos moldeado por el legislador— y que no puede ser vulnerado por éstos en el ejercicio de su actividad, administrativa o judicial. Jueces y órganos administrativos deberán, por tanto, adecuar su actuación al contenido que establece la Constitución y a aquello que, en su desarrollo, establezcan las leyes, debiendo el Tribunal Constitucional, en caso de una posible vulneración, realizar una interpretación del contenido mínimo de desmercantilización que exige la norma fundamental.

En relación con los particulares, se ha dicho que los derechos sociales se dirigen a crear condiciones de igualdad real y que ello implica, en esencia, la limitación del mercado y de los sujetos que en él operan. El particular tiene, por tanto, una especial vinculación respecto a estos derechos, como sujeto cuya actuación queda limitada y debe ser adecuada para no vulnerar su contenido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.1 CE. Este precepto indica que, si bien los poderes públicos tienen una especial sujeción a los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), los particulares no quedan excluidos de ella, como mínimo en un sentido negativo, y sin que ello requiera una específica intermediación legal (STC 18/1984)<sup>59</sup>. Ello tiene especial relevancia en los derechos sociales que se dirigen a la corrección del mercado, esto es, aquéllos que establecen determinadas faculta-

des del individuo frente a los agentes económicos —derechos laborales de participación, como la libertad sindical o la negociación colectiva, entre otros—, o aquéllos que garantizan determinadas condiciones en el mercado —condiciones laborales o de protección de los consumidores, por ejemplo—, que generen efectos importantes para los empresarios y deberán ser, aún a falta de regulación legal, respetados por ellos.

Por el contrario, aunque resulte también del artículo 9.1 CE, la eficacia horizontal de los derechos que se orientan a la igualdad de oportunidades tiene un sentido distinto, en la medida en que no se trata aquí de la corrección de ciertos comportamientos de los particulares en el mercado, sino de la creación de vías alternativas al mismo como actividad que compete a los poderes públicos. En este caso, la actividad de los particulares difícilmente podrá vulnerar estos derechos, y su sujeción a ellos se producirá, únicamente, cuando los servicios públicos se presten en régimen de concesión por sujetos privados; lo que, si bien presupone la existencia previa de una ley que organice estos servicios y concrete la vinculación de estos sujetos, no niega su necesaria sujeción al contenido mínimo de estos enunciados. Los particulares tienen, en este caso, no únicamente una sujeción negativa a estos derechos, sino también una vinculación positiva a su realización, aunque ésta venga mediada por la ley que concrete el contenido del servicio y la actividad que se atribuye al sujeto privado.

La sujeción de los particulares a los principios rectores es, por el mismo motivo, casi insignificante en la práctica, y sólo opera en el caso en que éstos entrañen la realización de servicios públicos cuya prestación pueda atribuirse a sujetos privados —por ejemplo, los servicios sociales—. En los principios relativos a la distribución del producto económico, la sujeción de los privados se reduce a no entorpecer la actividad que corresponde a los poderes públicos.

## B. VINCULACIÓN POSITIVA

La exigencia de obligaciones esencialmente positivas para el cumplimiento de los derechos sociales —ya sean éstas, como se vio, obligaciones de regulación, de creación y organización de servicios públicos, o de prestaciones en especie o económicas— da lugar a una evidente vinculación positiva de los poderes públicos, que viene establecida en la norma fundamental por los artículos 53.1 y 53.3.

La vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales adquiere una particular relevancia, por cuanto el Parlamento establece, con su regulación, el marco de actuación de los demás poderes, fijando su vinculación y obligaciones concretas<sup>60</sup>. En la concreción de estos derechos, el legislador se halla vinculado negativamente por su contenido y por su forma jurídica con una mayor o menor intensidad en cada tipo de derecho, pero también obligado de forma positiva a su realización, en lo que puede tener un cierto margen de libertad puesto que debe, no únicamente concretar su contenido constitucional —actividad de extracción en la que tiene poco margen de maniobra—, sino también determinar los contenidos adicionales y los métodos y procesos para su ejercicio (art. 53.1 CE).

El problema aparece, en relación con esta obligación positiva de regulación, en el caso en que la intervención del legislador es imprescindible para el ejercicio del derecho. Ello ocurre, en realidad, con casi todos los derechos del Título I CE, si bien tiene más fácil solución en los preceptos del Capítulo II —éstos gozan de aplicación directa (art. 53.2 CE)— que en los derechos del Capítulo III —por cuanto la falta de regulación afecta, en este caso, a su plena eficacia (art. 53.3 CE)—. Así, si bien los derechos del Capítulo III tienen, como se dijo, una forma jurídica y un contenido mínimo que se deduce de la Constitución, requieren, para hacer posible su pleno ejercicio, de una regulación legislativa que concrete este contenido y que tome las decisiones correspondientes acerca de sus concretas vías de realización —esto es, la regulación de cómo van a funcionar y a

organizarse los servicios públicos y prestaciones—; regulación que tiene, por ello, una gran relevancia y es objeto al mismo tiempo de difícil control.

Es cierto que, en los casos de omisiones relativas, el control del legislador, será posible a través del Tribunal Constitucional —que podrá actuar en ciertos casos declarando la inconstitucionalidad de una norma<sup>61</sup>—, y también que todos los derechos del Capítulo III han tenido, hasta la actualidad, un cierto desarrollo normativo que ha facilitado su aplicación. Sin embargo, ello no puede ocultar que, en relación con estos derechos, la Constitución atribuye al legislador la decisión sobre el momento en que podrán comenzar a ser ejercidos ante los Tribunales, cuando decida regular la concreta organización que adquieren los servicios públicos —tienen, por ello, una eficacia diferida—.

Ello no implica, evidentemente, que estos derechos no puedan tener efectos sin esta regulación legislativa —por ejemplo, siendo alegados, con su contenido constitucional, ante autoridades administrativas u otras instituciones no judiciales—, ni implica que el legislador pueda decidir sobre el reconocimiento de esta eficacia —deberá reconocerlos obligatoriamente como derechos—, sino que sólo supone diferir en el tiempo los efectos que el legislador necesariamente deberá reconocerles ante los órganos judiciales, hasta el momento en que su contenido se halle precisado<sup>62</sup>. Algo distinto ocurre, en cambio, con las normas del Capítulo III que reconocen principios; puesto que, si bien vinculan positivamente al legislador y tienen un contenido constitucional propio, permiten al Parlamento atribuirles la eficacia judicial que considere conveniente —no le exigen obligatoriamente su configuración como derechos—<sup>63</sup>.

Por otra parte, la intervención del legislador en relación con los derechos sociales y su mayor facultad de concretarlos pone de relieve otra cuestión: la de las posibilidades del Parlamento en cuanto a la variación del contenido de estos derechos y, en especial, en cuanto a su retroceso o regresión. La doctrina ha planteado, en este sentido, que la regulación legislativa del

contenido de estos derechos podría suponer insertar en ellos un contenido ya adquirido, que vincule al legislador a una obligación de no regresión, y que proteja por tanto al individuo frente a las oscilaciones del proceso político<sup>64</sup>. A pesar de que en los derechos sociales del Capítulo II los contenidos adicionales que reconoce el legislador participan también de su tutela en amparo, incorporándose al contenido del derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no ha aceptado la irregresividad de la regulación legislativa de estos derechos —véase, a pesar de la inicial STC 81/1982, la STC 134/1987—, considerando que ello sería contrario al principio democrático.

Sin embargo, de acuerdo con una regulación constitucional que establece únicamente los bienes y condiciones para los que debe establecerse la igualdad real, y que deja al legislador la concreción específica de su contenido y su forma de realización, la actividad legislativa adquiere una importancia tal para el ciudadano —ya no consiste únicamente en regular las condiciones de ejercicio del derecho, sino que determina el concreto grado de desmercantilización— que debería dotarse de una cierta estabilidad y continuidad, impidiendo variaciones súbitas de entidad. Ello obligaría al legislador, además de respetar el contenido constitucional de estos derechos, a no alejarse drásticamente de aquellos contenidos ya reconocidos como interpretación del precepto constitucional —contenidos que se definen históricamente, en cada momento— si bien pudiera modificar, evidentemente, las vías o formas de realización concreta de los mismos<sup>65</sup>.

Por lo que se refiere al resto de poderes públicos, su vinculación positiva a los derechos sociales surge de la propia Constitución, si bien viene mediada en gran medida por la ley, que concreta su contenido y su eficacia. Así, estos derechos exigen a los órganos administrativos, como se vio, obligaciones de organización y prestación de servicios públicos, así como de prestaciones económicas, de acuerdo con el contenido que haya establecido el legislador —y que puede ser concretado, posteriormente, por un acto normativo inferior—. La

sujeción de los órganos administrativos a estos derechos podrá ser controlada por la jurisdicción; si bien, por su naturaleza esencialmente positiva y por las particularidades de su eficacia, adquiere relevancia el control que puedan efectuar otras instituciones de garantía —por ejemplo, el Defensor del Pueblo o sus homólogos autonómicos— que revisen no sólo la sujeción de la Administración a la legalidad sino la adecuación de su actividad en orden a la realización de estos derechos.

Por último, la vinculación del poder judicial le exige actuar para facilitar la máxima eficacia de los derechos sociales, aplicándolos y utilizándolos como elementos de interpretación (art. 53.2, 53.3 CE). En el caso de los preceptos del Capítulo III, a pesar de que su eficacia concreta dependa de la regulación del legislador, su eficacia normativa abstracta es la misma que en otros derechos, quedando los Tribunales vinculados por el contenido propio de desmercantilización que tienen en la Constitución y pudiendo utilizarlos, por tanto, en distintos modos: como parámetro en la valoración de constitucionalidad de normas inferiores a la ley, como elementos que pueden dar lugar a una cuestión de inconstitucionalidad en normas de rango legal, y como criterios de interpretación de otras normas, que contribuyan a determinar su contenido<sup>66</sup>. La vinculación del poder judicial a estos derechos es, por tanto, idéntica a la que tiene respecto a otros, quedando únicamente limitada la eficacia concreta de estos contenidos hasta el momento en que el legislador regule concretamente la organización y funcionamiento de los servicios y prestaciones que entrañan.

## 6. CONCLUSIONES

El análisis de la Constitución española muestra la existencia de un conjunto de normas que, si bien tienen rasgos de naturaleza y régimen jurídico variados, responden a una misma función de realización del principio de igualdad real (art. 9.2 CE) y tienen, por ello, un fuerte contenido de desmercantilización.

Frente a una desigualdad que, en el Estado actual, se expresa principalmente en términos económicos, los derechos sociales establecen aquellas condiciones o bienes que, ya sea para facilitar la participación de ciertos sectores, ya sea para construir una cierta igualdad de oportunidades o de resultados, deben asegurarse en todo caso al individuo, al margen de los mecanismos que rigen su obtención o su realización habitual a través del mercado.

Este contenido de protección de la persona frente a las situaciones generadas por el sistema económico tiene, así, diversas consecuencias para la caracterización normativa de estos derechos. Su reconocimiento como derechos en la Constitución supera la tradicional concepción de los derechos subjetivos, ampliando la relación bilateral entre Estado e individuo —estos derechos limitan además, especialmente, a los sujetos privados que operan en el mercado— y situando su existencia más allá de las garantías específicas que se prevean para su aseguramiento —quedan excluidos solamente los contenidos del Capítulo III que se configuran como mandatos a los poderes públicos—. A esta específica estructura se añade, por su función desmercantilizadora, la naturaleza esencialmente positiva de estos derechos, que entraña obligaciones de actuación de diversos géneros para los poderes públicos.

Así, la Constitución contiene una distinción entre diversos tipos de derechos sociales según su específica relación con el mercado, que supone al mismo tiempo diferencias en su régimen jurídico. En un primer nivel de protección se sitúan los derechos que se dirigen a garantizar ciertas vías de participación e integración de distintos sectores en el sistema económico, así como aquéllos que garantizan en él el cumplimiento de ciertas condiciones para los particulares —reconocidos, en su mayor parte, en el Capítulo II—: éstos conllevan, para los poderes públicos, obligaciones esencialmente de regulación, y se dotan de una mayor resistencia, debiendo el legislador únicamente extraer su contenido constitucional y concretar sus vías de ejercicio, sin que ello condicione, no obstante, su concreta eficacia.

Un segundo nivel de protección se otorga a los derechos que se dirigen a la realización de condiciones para la igualdad de oportunidades —reconocidos, salvo el derecho a la educación, como derechos en el Capítulo III—, que entrañan principalmente obligaciones de creación, organización y prestación de servicios públicos. El contenido constitucional y la forma jurídica de estos derechos se imponen al legislador, quedando éste obligado, por un lado, a justificar las restricciones que pudieran darse en su contenido constitucional cuando lo concrete, y por otro, a reconocerlos con forma y eficacia de derechos —derechos de acceso al servicio público organizado—, pudiendo únicamente decidir el momento en que desea darles plena eficacia concreta ante los Tribunales (art. 53.3 CE) —otras formas de eficacia serán siempre posibles—.

Por último, las disposiciones que se dirigen a la consecución de ciertos niveles de igualdad en los resultados, derivada del proceso de distribución, se establecen en la Constitución con un menor nivel de protección, como mandatos a los poderes públicos recogidos en el Capítulo III. Estos principios implican principalmente obligaciones de prestaciones económicas —si bien requieren también en algunos casos establecer servicios públicos—, por lo que la

configuración de su contenido y su concreta forma jurídica se atribuyen con mayor libertad al legislador: éste podrá decidir qué tipo de eficacia les otorga ante los Tribunales así como establecer las formas y niveles de las prestaciones, si bien estará vinculado por el propio contenido de desmercantilización que se derive de la Constitución.

Tal gradación de los derechos sociales responde, sin embargo, a una decisión de la Constitución, y no a características técnicas específicas de estos derechos. Si, en efecto, en el Capítulo II se reconocen derechos como la tutela judicial, el derecho de sufragio, o la educación —que requieren la puesta en marcha de amplios servicios públicos y prestaciones técnicas—, nada impide, y su ausencia es incluso criticable, que se reconozcan en él derechos que generan actualmente un amplio consenso político y social —salud, cultura, vivienda, seguridad social o servicios sociales—. La mayor protección constitucional de estos derechos implicaría asegurar al individuo el acceso a determinadas vías que aseguren su posición fuera del mercado, pudiendo el legislador determinar los niveles concretos de prestación y sus vías de realización, pero otorgando a los Tribunales la posibilidad de aplicar, en todo caso, su contenido mínimo desmercantilizador.

## NOTAS

1. En contra de la utilidad de esta noción, véase COSSÍO DÍAZ, José Ramón; *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 44-45, para quien la expresión “derechos sociales” tiene contenidos demasiado heterogéneos y reminiscencias de un conflicto social que ha perdido vigencia.
2. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 72.
3. Véase, sobre la distinción entre el momento filosófico de los derechos sociales y el momento de su positivación, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos económicos, sociales y culturales*, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Universidad de Murcia, 1978, p. 52.
4. En este sentido, DE CASTRO CID, Benito; “Los derechos sociales: análisis sistemático”, en *Derechos económicos, sociales y culturales*, *op. cit.*, 1978, p. 13. Véase, asimismo, la intervención de ANTONIO MONSERRAT en el coloquio posterior a las jornadas.
5. MAESTRO BUELGA, Gonzalo; *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002, p. 134 y ss.

6. COSSÍO DÍAZ, José Ramón; *op. cit.*, 1989, p. 44-45. PRIETO SANCHÍS, Luis; “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 14 y ss.
7. CASCAJO CASTRO, José Luis; “Los derechos sociales, hoy”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009, p. 36.
8. En este sentido, se ha señalado que el criterio de la naturaleza jurídica no es válido para distinguir a los derechos sociales de otros derechos, puesto que todos ellos entrañan, en realidad, una pluralidad de obligaciones de distintos tipos. PISARELLO, Gerardo; *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
9. PÉREZ ROYO, Javier; “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, p. 161.
10. DE CABO MARTÍN, Carlos; *La crisis del Estado social*, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1986, p. 39. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; MAESTRO BUELGA, Gonzalo; “Regulación constitucional y posibilidad del Estado social”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 22, 1988, p. 98 y ss.
11. Sobre ello, véase VILLACORTA MANCEBO, Luis; *Principio de igualdad y Estado social: apuntes para una relación sistemática*, Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2006, p. 30 y ss.
12. Véase PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981, p. 274-275.
13. En este sentido, GARRORENA MORALES, Ángel; *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 59.
14. En este sentido, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 158. Sobre el significado de la igualdad material, CARMONA CUENCA, Encarnación; “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994, p. 281; y PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 86 y ss.
15. BOBBIO, Norberto; *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p.79-81.
16. BAÑO LEÓN, José María; “La igualdad como derecho público subjetivo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987, p. 189-191.
17. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, 2003-2004, p. 286. Ello se demuestra, según GARRIDO FALLA, por el hecho de que, durante el proceso constituyente, se optara por no incorporar este principio como segundo apartado del artículo 14 de la Constitución. GARRIDO FALLA, Fernando; “Artículo 9.2 CE”, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 167.
18. PÉREZ ROYO, Javier; *Introducción a la Teoría del Estado*, Editorial Blume, Barcelona, 1980, p. 48 y ss.
19. BOBBIO, Norberto; *op.cit.*, 1993, p. 78. De acuerdo con SUÁREZ, es actividad económica toda aquella actividad humana en la que los medios disponibles *ab initio* no son *prima facie* suficientes para alcanzar los fines deseados. SUÁREZ, Andrés S.; “Progreso económico y justicia social” en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.); *op. cit.*, 2000, p. 59.
20. A favor de esta interpretación, ALARCÓN CABRERA, Carlos; “Reflexiones sobre la igualdad material”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, p. 33; CARMONA CUENCA, Encarnación; *op. cit.*, 1994, p. 282-283.
21. ARA PINILLA, Ignacio; *op. cit.*, 2000, p. 210. En el mismo sentido, véase el prólogo de GARCÍA HERRERA al libro de VILLACORTA MANCEBO, Luis; *op. cit.*, 2006.
22. En este sentido, véase MONEREO PÉREZ, José Luís; “La política social en el Estado del bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de ‘desmercantilización’”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, 1995, p. 10-11. Sobre la contradicción entre las razones del principio de igualdad y las razones de distribución del

mercado, véase también LAPORTA, Francisco J.; “El principio de igualdad. Introducción a su análisis”, en *Sistema*, núm. 67, 1985, p. 31.

23. APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; *Introducción al sistema político y constitucional español*, Ariel, Barcelona, 1991 (5ª ed.), p. 93 y ss. Según el autor, los elementos del Título VII CE son funcionales al modelo capitalista, que puede ser corregido por el artículo 9.2 CE pero no radicalmente transformado.

24. ARAGÓN REYES, Manuel; “Constitución española: economía de mercado y Estado social”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.); *op. cit.*, 2000, p. 109-111.

25. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos económicos, sociales y culturales*, *op. cit.*, 1978, p. 64-65.

26. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; MAESTRO BUELGA, Gonzalo; *op. cit.*, 1988, p. 98.

27. HÄBERLE, Peter; “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, p. 13.

28. Ello da lugar a nuevas disposiciones constitucionales (Título VII CE). DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás; “La Constitución económica de España”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.); *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 1996-1999. Según CASCAJO CASTRO, el sistema económico queda sometido al principio democrático y a las determinaciones de la Constitución. CASCAJO CASTRO, José Luís; “Recientes anotaciones conceptuales sobre los derechos sociales”, en ALIPRANTIS, Nikitas; SUPIOT, Alain (dirs.); *Actualidad de la justicia social. Liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, Bosch, 2008, p. 165.

29. ESPING-ANDERSEN, Gösta; *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, 1990, p. 21 y ss., p. 48 y ss. El autor clasifica los sistemas capitalistas de bienestar en tres grupos —liberal, corporatista, y social-demócrata—, según el grado de desmercantilización que establecen para sus ciudadanos.

30. KETSCHER, Kirsten; “Contrasting Legal Concepts of Active Citizenship”, en HVINDEN, Bjon; JOHANSSON, Håkan; *Citizenship in Nordic Welfare States- Dynamics of Choice, Duties and Participation in a Changing Europe*, New York: Routledge, 2007.

31. VAHLNE WESTERHÅLL, Lotta; “Rättigheter och svensk social trygghet- en rättslig analys av utvecklingen från 1950 och framåt”, en VAHLNE WESTERHÅLL, Lotta; *Medborgare eller målsägare- sociala rättigheter och välfärdspolitiska dilemman*, Stockholm: Svenska kommunförbundet, 2004, p. 75. En un sentido similar, ROTHSTEIN considera que el principio de neutralidad del Estado se respeta únicamente si éste dedica su actuación a satisfacer el acceso del ciudadano a ciertos recursos o capacidades básicas, que lo sitúan en una posición en la que pueda tomar decisiones autónomas para la realización de su propio proyecto de vida. ROTHSTEIN, Bo; *Just Institutions Matter. The Moral and Political Logic of the Universal Welfare State*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 54.

32. MONEREO PÉREZ, José Luís; *op. cit.*, 1995, p. 17-21. En el mismo sentido véase el prólogo de GARCÍA HERRERA al libro de TAJADURA TEJADA, Javier (dir.); *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, p. 18-19.

33. JELLINEK, Georg; *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912.

34. *Ibidem*.

35. Como máximo exponente de esta visión, véase CRUZ VILLALÓN, Pedro; “Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía”, en CÁMARA VILLAR, Gregorio; CANO BUESO, Juan (eds.); *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad autónoma de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 102-103.

36. En este sentido, OLIVECRONA, Karl; *Law as Fact*, London: Stevens&Sons, 1971, p. 187 y ss. ROSS, Alf; *On Law and Justice*, Berkeley: UCLA Press, 1959, p. 174 y ss.

37. PAREJO ALFONSO, Luciano; *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, p. 100 y ss. En la doctrina alemana, FORSTHOFF, Ernst; *Problemas actuales del Estado social de derecho en Alemania*, Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1966.
38. Como máximo exponente de esta visión, FERRAJOLI, Luigi; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001. En el mismo sentido, PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, José Luis; “Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, num. 122, 2003, p. 284, y PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; “Los derechos sociales y su *status* normativo en la Constitución española”, en *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, p. 35-36.
39. JIMÉNEZ CAMPO, Javier; *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 21 y ss. El autor se opone al criterio del Tribunal Constitucional, que cifra en la posibilidad de interponer recurso de amparo el criterio de fundamentalidad de los derechos.
40. Véase, por ejemplo, GARCÍA MACHO, Ricardo; *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 136. GARRIDO FALLA, Fernando; *op. cit.*, 1980, p. 579 y ss. PORRAS RAMÍREZ, José María; “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; *Derecho Constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 664.
41. MEDINA GUERRERO, Manuel; *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 37.
42. DE OTTO, Ignacio; “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; DE OTTO PARDO, Ignacio; *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 105-106.
43. DE OTTO, Ignacio; *op. cit.*, 1988, p. 132, si bien el autor se muestra crítico respecto a esta yuxtaposición de garantías.
44. JIMÉNEZ CAMPO, Javier; “El legislador de los derechos fundamentales”, en GÓMEZ, Ubaldo (dir.); *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, p. 491-492.
45. Como señalan ABRAMOVICH y COURTIS, el problema no es tanto la indeterminación de los enunciados como la falta de práctica institucional a la hora de interpretarlos. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian; *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
46. PISARELLO PRADOS, Gerardo; GARCÍA MORALES, Aniza; OLIVAS DÍAZ, Amaya; *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010, p. 47-49.
47. En contra, GARRIDO FALLA, Fernando; *op. cit.*, 1980, p. 579 y ss.
48. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; *op. cit.*, 2003-2004, p. 291.
49. Ello no es distinto de lo que sucede con los demás derechos, puesto que todos ellos requieren, en cierta medida, una concreción de su contenido y ejercicio por el legislador. REQUEJO PAGÈS, J.L.; “Derechos de configuración legal”, en ARAGÓN REYES, Manuel (coord.); *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Madrid, Civitas, Tomo III, 2001, p. 134.
50. En sentido similar, CRUZ VILLALÓN apunta a la posible fundamentalización de los principios rectores cuando limiten al legislador, dando lugar a una declaración de inconstitucionalidad. CRUZ VILLALÓN, Pedro; “Derechos fundamentales y legislación”, en GÓMEZ, Ubaldo (dir.); *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, p. 415.
51. ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
52. En una concepción de estos derechos como derechos a acciones positivas, ALEXY, Robert; “Sobre los derechos sociales a protección”, en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.); *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 50-51.

53. A favor de esta visión, PISARELLO, Gerardo; *op. cit.*, 2007; ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian; *op. cit.*, 2002.
54. A favor de un fuerte anclaje de los servicios públicos en la Constitución, TRIANA SERRANO, Alfonso; *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983.
55. MUÑOZ MACHADO, Santiago; *Servicio público y mercado*, vol. I, Civitas, Madrid, 1998. En el mismo sentido, GARRIDO FALLA señala que la Constitución prevé los fines que deben realizarse por el Estado, dejando al legislador la concreta configuración de los servicios públicos. GARRIDO FALLA, Fernando; “El concepto de servicio público en Derecho español”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, p. 26.
56. TORNOS MAS, Joaquín; GALÁN, Alfredo; “La configuración de los servicios sociales como servicios públicos. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, p. 15.
57. Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria española, sintetizada en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Aranzadi, Madrid, 2004. En contra, TRIANA SERRANO, Alfonso; *op. cit.*, 1983, p. 74 y ss.
58. En este sentido, FERNÁNDEZ PASTRANA, José María; *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, p. 64 y ss.
59. A favor de esta consideración, PRIETO SANCHÍS, Luís; *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 210. En contra, BILBAO UBILLOS considera que no hay en la Constitución elementos sólidos que justifiquen claramente la tesis de la eficacia directa frente a terceros. BILBAO UBILLOS, Juan María; *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 349.
60. GAVARA DE CARA, Juan Carlos; “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 279.
61. El Tribunal Constitucional Alemán ha desarrollado, en relación con los derechos prestacionales, el principio de prohibición de infra-protección. Sobre ello, véase GAVARA DE CARA, Juan Carlos; *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch Editor, 2010, p. 54-56.
62. Su eficacia depende, por tanto, de que el legislador respete la “prefiguración” del derecho que se realiza en la Constitución. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.); “Constitución económica y derechos sociales”, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 240.
63. Sin embargo, en ciertos casos pueden dar lugar también a declaraciones de inconstitucionalidad (STC 45/1989).
64. A favor de ello, cuando el desarrollo legislativo suponga un despojo del mínimo existente dispuesto en la Constitución, PORRAS RAMÍREZ, José María; *op. cit.*, p. 666. En contra, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.); *op. cit.*, 2003, p. 241. Otros autores proponen una interpretación restrictiva de los recortes sociales. COBREROS MENDAZONA, E; “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, num. 19, 1987, p. 42.
65. En este sentido, GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; *op. cit.*, 2003-2004, p. 295.
66. PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, José Luis; *op. cit.*, 2003, p. 292 y ss.

Fecha de recepción: 23 de marzo de 2011

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011



## RESUMEN

A pesar de que desde posiciones centralizadoras se han recordado insistentemente los peligros intrínsecos a la capacidad de regulación de las comunidades autónomas en materia de derechos, lo cierto es que todas ellas han sido garantes y motor de la forma social y democrática que la Constitución proclama como forma de Estado, y sujeto activo de la consecución del mandato de libertad e igualdad reales y efectivas que establece su artículo 9.2. Si la actividad legislativa de las comunidades autónomas ha sido desigual, es cierto que, a pesar de que no todas las reformas estatutarias acaecidas a partir de 2006 han incorporado catálogos exhaustivos de derechos, deberes y principios rectores, todas ellas sin excepción han legislado sobre derechos de muy distinta naturaleza y en muy distintos ámbitos.

## PALABRAS CLAVE

COMUNIDADES AUTÓNOMAS, DERECHOS SOCIALES, REGULACIÓN AUTONÓMICA, PRINCIPIOS RECTORES

## ABSTRACT

Despite the fact that the dangers inherent to the regulatory capacity of the autonomous regions regarding rights have been repeatedly pointed out from centralizing positions, the truth is that they have all been guarantors and motors of the social and democratic model that the Constitution proclaims as the State. They have also been the active subject in the securing of true and effective freedom and equality set out in Article 9.2. Though it may be claimed that the legislative activity of the regions has been irregular, it is also true that, though not all statutory amendments after 2006 have included extensive catalogues of rights, responsibilities and guiding principles, all the regions without exception have legislated for a wide variety of rights in many different areas.

## KEY WORDS

AUTONOMOUS REGIONS, SOCIAL RIGHTS, AUTONOMIC REGULATION, GUIDING PRINCIPLES

# LA CONTRIBUCIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS AL RECONOCIMIENTO Y REGULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Mercè Barceló i Serramalera

Catedrática de Derecho Constitucional  
Universitat Autònoma de Barcelona

**Sumario:** 1. Descentralización política y poder normativo autonómico en la regulación de derechos y deberes públicos. 2. Descentralización política y catálogo estatutario de derechos, deberes y principios rectores. A. Características generales de los catálogos estatutarios de derechos, deberes y principios rectores. B. La constitucionalidad de los catálogos iustatutarios y la naturaleza jurídica de sus normas de reconocimiento de derechos: las sentencias 247/2007 y 31/2010. C. Derechos estatutarios: ¿mandatos a los poderes públicos o verdaderos derechos públicos subjetivos? 3. Derechos sociales y regulación autonómica. A. Actividad legislativa autonómica en materia de derechos sociales: competencia, marco constitucional y estatutario, y derechos regulados. B. Derechos sociales estatutarios *vs.* derechos sociales autonómicos de creación legislativa.

A pesar de que, desde posiciones centralizadoras —doctrinales y políticas—, se han recordado insistentemente los peligros intrínsecos a la capacidad de regulación de las comunidades autónomas en materia de derechos, lo cierto es que todas ellas, cualquiera que haya sido el signo de la fuerza política que las haya gobernado, han sido, en mayor o menor medida, garantes y motor de la forma social y democrática que la Constitución proclama como forma de estado, y sujeto activo, como poder

público, de la consecución del mandato de libertad e igualdad reales y efectivas que establece su artículo 9.2. Una de las formas más eficaces de materializar estas exigencias constitucionales a todo poder público ha consistido en la regulación de derechos y de principios rectores constitucionales, y en la formulación de nuevos derechos y principios programáticos allí donde las comunidades autónomas tienen reconocidos títulos competenciales para ello.

Cierto es que la actividad legislativa de algunas comunidades autónomas en materia de derechos llega a cuadruplicar (por ejemplo, la de Cataluña respecto de La Rioja o Asturias) o a duplicar la de otras (por ejemplo, Aragón respecto de la Comunidad de Madrid o de Extremadura, a pesar de haber mantenido históricamente todas ellas similares competencias). Ciertamente es también que no todas las reformas estatutarias acaecidas a partir de 2006 han incorporado catálogos exhaustivos de derechos, deberes y principios rectores. Pero no es menos cierto también que todas las comunidades autónomas sin excepción han legislado, y en general profusamente, sobre derechos de muy distinta naturaleza —libertades, derechos de participación, derechos prestacionales— y en muy distintos ámbitos: familia, igualdad, educación, trabajo, salud, cultura, servicios sociales, derechos lingüísticos y culturales, vivienda, consumidores, buena administración, o medio ambiente.

A este trabajo, como parte del monográfico en el que se inserta, se le encargó el estudio de la actividad de las comunidades autónomas en la regulación de los derechos sociales. Con este fin se ha querido estructurar en dos partes: una primera, en la que, sin hacer ya cuestión de ello por ser un debate superado, se expone el fundamento constitucional de las facultades normativas de las comunidades autónomas en la regulación de derechos en general; y se examinan, además, los nuevos catálogos de derechos estatutarios, su confirmación constitucional por parte de las sentencias 247/2007 y 31/2010, y se traza una posible conceptualización de esos derechos, deberes y principios rectores. La segunda parte se centra en el concreto desarrollo de los derechos sociales autonómicos y aporta una visión más apegada al terreno de lo fáctico, a través de un análisis comparativo de preceptos estatutarios y leyes autonómicas que reconocen derechos sociales y que regulan su ejercicio. Se cierran estas páginas con una breve consideración acerca de la aportación que ha supuesto a la forma de estado social el reconocimiento de derechos sociales en sede estatutaria.

## 1. DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y PODER NORMATIVO AUTONÓMICO EN LA REGULACIÓN DE DERECHOS Y DEBERES PÚBLICOS

La consideración de los derechos y deberes como elementos básicos y principios informadores del ordenamiento no supone la uniformidad de esos derechos y deberes para toda la ciudadanía, especialmente en los estados políticamente descentralizados; aunque ello no es obstáculo, antes al contrario, a la existencia de mecanismos de garantía que aseguren un determinado grado de homogeneidad que la misma presencia del estado exige. La diversidad de posiciones jurídicas de los ciudadanos de un mismo estado se refleja de muy distinto modo en cada estado compuesto. Bien conocidos son los casos de Estados Unidos, Alemania, Suiza, Bélgica o Canadá donde los territorios autónomos poseen cartas de derechos y deberes propias y, en general, mecanismos de garantía también propios<sup>1</sup>.

En España no existe una reserva de constitución para el reconocimiento y desarrollo de derechos y deberes de carácter público; ni las reservas de ley constitucionales excluyen los supuestos de colaboración internormativa; como tampoco le corresponde al Estado o a las comunidades autónomas la competencia universal en materia de derechos públicos. Antes bien, la convivencia normativa en materia de derechos deviene obligada por el sistema de distribución competencial. Y resulta, así, que es el juego entre Constitución y estatutos de autonomía el que ofrece el grado de intervención del Estado y de las comunidades autónomas en la regulación de los derechos y, por tanto, el posible grado de diversidad de las posiciones jurídicas resultantes de los ciudadanos.

A partir de aquí se constata que las comunidades autónomas han asumido estatutariamente algunas competencias en materias proyectadas sobre derechos reconocidos en la sección primera del capítulo II del título I de la

Constitución (así, en relación con los derechos de participación, a la educación, de asociación, *habeas data*, o acceso a los medios de comunicación). Pero sus competencias estatutarias resultan de amplio alcance fuera de ese ámbito, especialmente en el campo de los llamados derechos de tercera generación. Así, en base a aquellos títulos competenciales, la actividad de normación autonómica puede incidir en derechos, deberes y principios constitucionales, pero tales títulos también permiten reconocer y regular derechos, deberes y principios rectores de nuevo cuño (en el ámbito lingüístico y cultural, de la participación, de la buena administración, o de los derechos social-prestacionales).

El contenido regulador de derechos, deberes y principios rectores es, pues, una manifestación legítima de la capacidad normativa autonómica, aunque, cierto es que limitada por un conjunto de principios y normas constitucionales. El primero de los límites lo constituye —ya se ha dicho— el propio sistema de reparto competencial, en la medida que el reconocimiento de derechos y principios autonómicos no comporta una alteración del régimen de distribución de competencias ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los que ya existen. El principio de jerarquía normativa, además, impone a las normas autonómicas de derechos no sólo una no-contradicción formal normativa con la Constitución, sino también una integración material de valores y principios que derivan del sistema general de los derechos fundamentales constitucionales (principio de eficacia, aplicabilidad directa, juego de presunciones, carga de la prueba, o limitación de la discrecionalidad de los poderes públicos). Y además de los límites connaturales al propio sistema constitucional, pueden actuar también como límites a la capacidad normativa autonómica otras disposiciones con incidencia directa en la regulación de derechos y deberes: es conocido que se trata del principio de igualdad establecido por el artículo 139.1 CE<sup>2</sup>, de la reserva de ley orgánica a favor del Estado para el despliegue de ciertos derechos y deberes (art. 81.1

CE)<sup>3</sup>, y de la competencia estatal para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.ª CE)<sup>4</sup>. Sin embargo, una vez garantizada la eficacia de estas cláusulas, nada impide, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 247/2007, que las comunidades autónomas establezcan sus políticas propias diferenciadas en las materias de la competencia respectiva y que, al hacerlo, determinen una diversidad de regímenes jurídicos en cada una de ellas con los consiguientes efectos sobre los ciudadanos de cada territorio autonómico. Efectos que se pueden producir por distintos instrumentos o técnicas que son inherentes al ejercicio de la autonomía política —ejercicio de la potestad legislativa, reglamentaria, declaraciones programáticas o adopción de medidas concretas, entre otras—, y también por la vía del estatuto de autonomía con el enunciado de verdaderos derechos públicos subjetivos. Este es el siguiente aspecto a tratar.

## 2. DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y CATÁLOGO ESTATUTARIO DE DERECHOS, DEBERES Y PRINCIPIOS RECTORES

Las reformas estatutarias acaecidas a partir de 2006, en su mayor parte, han avanzado en el planteamiento anterior yuxtaponiendo, a la presencia del legislador ordinario autonómico de los derechos, el legislador estatutario. De modo que, más allá de incluir cláusulas de remisión a los derechos y deberes establecidos en la Constitución, como se había venido produciendo, se introduce ahora en los estatutos de autonomía reformados un catálogo propio de derechos, deberes y principios rectores, aunque con intensidades distintas.

La inclusión en los estatutos de autonomía de un sistema de derechos, deberes y principios rectores pretende ser, así, expresión del auto-

gobierno a través de la que se pone de relieve la concatenación en democracia entre ejercicio de un poder político y el reconocimiento de derechos y libertades públicas; pero también pretende ser expresión del establecimiento de los ámbitos de poder jurídico de los ciudadanos frente al poder autonómico, y de la densificación de la capacidad de intervención de los poderes públicos en la vida económica y social al tiempo que la de los ciudadanos en los asuntos públicos. Lo que se ha plasmado a través de distintas técnicas: desde la conversión de competencias de contenido servicial en derechos sociales y prestacionales hasta la creación de derechos concretos de participación que pueden desenvolverse en los márgenes de la actuación representativa e institucional de las instituciones autonómicas, pasando por auténticos derechos de libertad civil allí donde el derecho civil propio se halla vigente. Y estas técnicas han dado lugar a un reconocimiento más o menos amplio, más o menos detallado, de derechos estatutarios concretos y de principios rectores, según las específicas voluntades de reforma de cada territorio.

### A. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS CATÁLOGOS ESTATUTARIOS DE DERECHOS, DEBERES Y PRINCIPIOS RECTORES

Hasta ahora son siete los estatutos reformados y en vigor: los de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Castilla y León, y Extremadura. Sin seguir un modelo predeterminado, pero sí adoptando la idea de regular estatutariamente derechos, deberes y principios rectores, se distinguen tres grupos de estatutos según la intensidad y extensión en la regulación de esas normas iustatutarias y sus garantías. El primer grupo estaría representado por aquellas reformas que parecen haber asumido el nivel más elevado de proclamación de derechos: aquí se hallarían las reformas de los Estatutos catalán y andaluz. Una estructura parecida pero con un grado menor de profusión normativa, se hallan los Estatutos de Aragón, Baleares y Castilla y

León. Y en un tercer grupo se constata una cierta selección y drástica reducción del número y aun de la concreción de los derechos. En él se encuentran el Estatuto de la Comunidad Valenciana, que se remite a una futura carta de derechos sociales; y, sin reconocimiento propiamente de derechos más que de principios rectores, el Estatuto de Extremadura.

En perspectiva positiva, dos son los elementos comunes en lo que respecta a los derechos reconocidos en esos estatutos: su predominante carácter de derechos social-prestacionales —a los que dedicaremos la segunda parte de este trabajo— y de participación; y su dependencia, en cuanto a su contenido y garantías, respecto de lo determinado por “la ley” que, con todo, permite caracterizarlos —después se insistirá— como derechos públicos subjetivos. Y, desde una vertiente negativa, destaca también lo que no son: en general, no se formulan como derechos de exigibilidad directa (por la remisión a la ley) pero tampoco, al menos en su totalidad, son derechos de configuración legal. Por otro lado, en todos los grupos de reformas aparecen también “principios rectores”, normas finalistas cuya fuerza de vinculación no va más allá de la función informadora de los principios como normas de optimación, pero que en cambio cumplen una función política importante en el panorama de la propia forma constitucional de Estado: la de configurar a través de disposiciones jurídicas concretas los elementos operativos del Estado social y democrático de derecho, como también habrá ocasión de subrayar.

Como se apuntaba, existen también entre esas declaraciones estatutarias de derechos elementos de diferenciación. Además de reconocer derechos de prestación y de participación, varias reformas han aprovechado la introducción del sistema de derechos en sus respectivos textos para subrayar como tales derechos determinados elementos diferenciales: derechos históricos, derechos lingüísticos de existir lengua propia distinta al castellano, derechos unidos a la insularidad, o derechos de las comunidades autóctonas establecidas fuera del territorio. Por otra parte, los dos primeros grupos de re-

formas también mantienen fuertes diferencias comparativas con las del tercero en cuanto a extensión e intensidad de contenido de los derechos que se reconocen y de las garantías que los acompañan. Tales disimilitudes, por tanto, no hacen referencia únicamente a una cuestión de cantidad sino también a una cuestión de la naturaleza jurídica del sistema de derechos que se introduce, que es apreciable desde una doble perspectiva. La primera haría referencia a distintos niveles de normas iusestatutarias: el que estaría normando un sistema de derechos de nueva creación; el que serviría de complemento a las normas constitucionales e internacionales; y, finalmente, el que se situaría como repetición o recordatorio de los derechos constitucionales e internacionales vigentes en España. Los Estatutos de Andalucía, Cataluña, pero también los de Castilla y León, Aragón e Islas Baleares (aunque en menor profusión) contendrían sobre todo derechos del primer y segundo nivel, mientras que los Estatutos de la Comunidad Valenciana y, especialmente, el extremeño se situarían en el tercero de los niveles indicados. La segunda de esas perspectivas estaría referida a las distintas densidades normativas según las respectivas concreciones que en cada derecho se otorga a la extensión de sus titulares, a los elementos de su contenido y, especialmente, al sistema propio de garantías. Así, en todas las reformas en que se ha introducido el reconocimiento expreso de derechos, aparece, por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho al medio ambiente o el derecho a la “buena administración”. Pero no en todas ellas se les otorga ni la misma concreción, ni tampoco las mismas capacidades de exigencia: los estatutos del primer grupo, especialmente el andaluz y el catalán, se situarían en un nivel de concreción superior que va descendiendo a medida que nos acercamos a las reformas del segundo grupo y desapareciendo en el tercero. Y en todas las reformas del primer grupo, además de en el Estatuto castellanoleonés, aparece un capítulo dedicado a las garantías de los derechos, pero se omite cualquier referencia a ellas en el resto de estatutos.

Por lo tanto, partiendo de una misma normatividad en todos y cada uno de los estatutos, sus normas específicas, sin embargo, pueden funcionar de muy distinta forma e incidir de muy diferente manera en los concretos ámbitos proyectados sobre derechos. Más adelante habrá que analizar estos aspectos, en especial la naturaleza jurídica de esas normas iusestatutarias y la densidad normativa de las formulaciones de derechos, en su concreta relación con los derechos sociales.

## **B. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS CATÁLOGOS IUSESTATUTARIOS Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE SUS NORMAS DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS: LAS SENTENCIAS 247/2007 Y 31/2010**

Como se recordará, la constitucionalidad de las normas sobre derechos y deberes en sede estatutaria (y no tanto un catálogo completo, sino la única presencia del derecho al agua) fue puesta en duda en sede jurisdiccional, primero, por el Gobierno de Aragón en relación con la reforma estatutaria valenciana (aunque acto seguido incluyó en su estatuto reformado esa regulación); lo que fue resuelto en sentido negativo por la sentencia 247/2007 que, además, aprovechó para sentar ciertos criterios sobre la caracterización de los derechos estatutarios y sus límites, yendo bastante más allá de la cuestión planteada en el recurso de inconstitucionalidad. Lo que después se cuestionó al Estatuto catalán tanto por parte del Grupo Popular como por el Defensor del pueblo (y sólo a ese estatuto, a pesar de la similitud de contenidos con otros) fue, en cambio, la inclusión de un completo catálogo de derechos, deberes y principios rectores (título I). La sentencia 31/2010 (seguida por la STC 137/2010 que resuelve el recurso del Defensor del Pueblo sin diferencias substanciales al respecto) rechazó de nuevo la inconstitucionalidad de dicho catálogo (a pesar de realizar una interpretación conforme de algunos de sus artículos); y de nuevo, también, sentó doctrina sobre la naturaleza y concep-

tualización de esos derechos y principios. Esta sentencia, aunque se separa formalmente del razonamiento seguido en la anterior, no presenta tantas disimilitudes con ella en el resultado obtenido que, según creo, no es otro que el de una tácita desactivación del reconocimiento estatutario de derechos públicos a través mediante su transformación en meros mandatos o directrices a los poderes públicos, en una línea parecida a la de la jurisprudencia constitucional italiana en relación con los derechos estatutarios regionales. Conviene, por tanto, detenerse brevemente en estas formulaciones que habrán de retomarse cuando más adelante se examine el grado de vinculación y de aplicabilidad de los derechos sociales estatutarios.

Las posiciones favorables a la inconstitucionalidad de los catálogos de derechos estatutarios (o mero reconocimiento de algunos derechos) y que sustentaron los recursos de inconstitucionalidad frente a los Estatutos, primero valenciano y luego catalán, mantenían un punto de partida y denominador común fundamentado en el rechazo de que los estatutos de autonomía pudieran ser instrumentos susceptibles de acoger en su texto tales tipos de normas, en tanto que el artículo 147.2 CE no las incluye entre las de su contenido obligatorio. Otros argumentos acompañan a esa formulación nuclear, como el de considerar constitucionalmente inaceptable que un estatuto pretenda suplantar la función normativa de la Constitución o tratar de equipararse a ella en su aspecto externo; el de haber modificado el sistema constitucional de garantías e incluir derechos fundamentales con contenido innovador, en contra de una reserva de ley orgánica prevista para el desarrollo de los derechos en la Constitución<sup>5</sup>; el de representar esos derechos estatutarios límites materiales a la actuación del legislador que acotarían injustificadamente el ámbito de la regla de la decisión por mayorías; o en fin, el argumento del “legislador esquizofrénico” en tanto que admitir que los estatutos de autonomía pudieran acoger declaraciones de derechos sería tanto como admitir que las Cortes Generales pudieran dar unos derechos a unos españoles y otros derechos a otros españoles<sup>6</sup>.

Es bien conocido que la sentencia 247/2007 resolvió este primer problema acerca de la viabilidad de los estatutos como continentes de declaraciones de derechos de forma favorable a su constitucionalidad en la medida que tales normas no violentarían la reserva prevista en el artículo 147 CE<sup>7</sup>. La cuestión clave, sin embargo, pasó a ser la de su naturaleza jurídica. Y es que esa resolución trazó una singular distinción entre derechos derivados de la regulación estatutaria de las instituciones propias y derechos ligados a competencias; distinción recibida en este punto con cierta perplejidad por la doctrina, como señala Cabellos<sup>8</sup>, pues nadie ha podido desentrañar con éxito cuál sea el sustento teórico en que se basa.

Los primeros, los derechos vinculados a las instituciones propias, serían derechos subjetivos con eficacia plena y de exigibilidad jurisdiccional inmediata<sup>9</sup>, mas no los segundos; a ellos se les reserva la condición de directrices o de meros mandatos al legislador. Y así, en la medida que el estatuto atribuye competencias a los poderes públicos autonómicos, nada impide que les imponga “de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio”, o que lo haga “de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan”. Además —advierte el Tribunal— “lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse por dicho legislador las prescripciones

constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (arts. 81.1 y 149.1 CE)". Y concluye: "en el ámbito de lo dispuesto por el art. 147.2 d) CE, los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada" (FJ 15).

Con la distinción entre derechos ligados a la regulación institucional como derechos subjetivos, y derechos vinculados a competencias reducidos a simples directrices o mandatos sin eficacia jurídica directa, el Tribunal salva la constitucionalidad de las normas iustatutarias pero, al mismo tiempo, muta su sentido originario convirtiendo auténticas formulaciones de derechos en mandatos que, al quedar a disposición prácticamente absoluta del legislador, resultan despojados de toda virtualidad jurídica inmediata<sup>10</sup>.

Ambos propósitos, y con fuerza el de la relativización de los efectos directos de la declaración estatutaria de derechos, creo que siguen latentes en la sentencia 31/2010 que, a pesar de no recibir la distinción entre derechos provenientes de la regulación institucional y derechos vinculados a competencias, sí en cambio mantiene la idea de que muchos de los denominados "derechos" en el Estatuto no son sino mandatos dirigidos al legislador no exigibles como derechos subjetivos desde la norma estatutaria. Sin embargo, esta apreciación es ahora, según entiendo, un correlato lógico de la misma degradación que sufre en la sentencia la figura del estatuto de autonomía como norma<sup>11</sup>.

Punto de partida de esta (parcialmente) nueva construcción es el definir *lo que no son* los derechos estatutarios: no son derechos fundamentales. Y no lo son porque no están proclamados en la Constitución. Los derechos incluidos en los Estatutos son, así, "cosa distinta"

—dice el Tribunal—, porque están sometidos a tres límites: en primer lugar, sólo vinculan al legislador autonómico; en segundo lugar, están materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la comunidad autónoma; y, en tercer lugar, las normas iustatutarias, en tanto que contenidas en un estatuto y ser éste ley orgánica, ni pueden afectar, declarar o desarrollar derechos fundamentales, ni siquiera regular su ejercicio: "Podrá hacerlo, en su caso, el legislador autonómico, en tanto que legislador ordinario y de acuerdo con el reparto constitucional de competencias, pero no el legislador (orgánico) estatuyente. De ahí que no haya paradoja alguna en el hecho de que por simple ley autonómica (ley ordinaria) pueda hacerse lo que no cabe en un Estatuto (norma superior a la autonómica). En realidad, no es que pueda hacerse más por ley autonómica; es que se hace cosa distinta, como corresponde en el juego de normas ordenadas con arreglo al criterio de competencia" (FJ 17). A este argumento se suma la constatación de que el estatuto no puede regular todas las materias que se reservan a la ley orgánica como género; y ello por razones que tienen que ver con la condición del estatuto como norma institucional básica, por un lado, y con su vigencia territorial limitada, por otro. Lo primero supone la nota de la "generalidad" del estatuto como norma primera de un sistema normativo autónomo, "lo que no se compadece con la disciplina de desarrollo de un derecho fundamental cuya proclamación y definición sustancial (contenido mínimo) ya se habrá verificado en la Constitución; de suerte que la intervención del Estatuto sólo sería admisible si fuera reiterativa; esto es, si se limitara a hacer lo que ya se ha hecho en la Constitución, en la que se agota la función normativa necesaria en ese primer nivel de abstracción, al que sólo puede seguir ya la función de desarrollo, proceso de concreción que no corresponde al Estatuto" (FJ 17). Lo segundo implica que "la participación del Estatuto en el desarrollo de los derechos redundaría en una pluralidad de regímenes de derechos fundamentales (tantos como Estatutos), lo que afectaría al principio de igualdad de los españoles en materia de derechos funda-

mentales” (FJ 17). Hasta aquí, pues, *lo que no son* las normas iusestatuarias.

Pero la sentencia encierra también una definición positiva sobre la naturaleza jurídica de esas normas, y es aquí donde recuerda a la sentencia 247/2007. Ciertamente, no para seguir con la doble distinción apuntada —al menos no de forma expresa—, aunque sí para continuar manteniendo que algunos de los formulados como derechos no resultan ser más que mandatos de actuación a los poderes públicos autonómicos. Y así, el Tribunal entiende que ya en la Constitución y bajo la misma categoría “derecho” se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata, al fin y al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. La sentencia estima, a partir de aquí, que también en el título I del Estatuto catalán existen tanto proclamaciones de derechos subjetivos *stricto sensu* como mandatos de actuación a los poderes públicos, ya estén expresamente denominados como “principios rectores”, ya estén enunciados literalmente como derechos que el legislador autonómico ha de hacer realidad y los demás poderes públicos autonómicos respetar. Y este “tipo de derechos estatutarios, que no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos (STC 247/2007, FFJJ 13 a 15), operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas” (FJ 16). De ahí extrae la sentencia que lo decisivo para pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de esas normas será, en cada caso, si los mandatos en ellas contenidos vinculan exclusivamente al poder público autonómico, y si sólo pretenden hacerlo en el marco de sus

competencias. A la postre, pues, no se llega a una conclusión muy distinta que la alcanzada en la sentencia 247/2007 en cuanto a la naturaleza jurídica de las normas estatutarias de reconocimiento de derechos.

### C. DERECHOS ESTATUTARIOS: ¿MANDATOS A LOS PODERES PÚBLICOS O VERDADEROS DERECHOS SUBJETIVOS?

Denominador común de las sentencias 247/2007 y 31/2010 es, como se ha visto, convertir en mandatos parte de lo que en los estatutos se formula como derechos. En la primera de ellas se reconocen como derechos subjetivos los ligados a la regulación institucional, pero no los vinculados a competencias, que quedan reducidos a simples directrices o mandatos sin eficacia jurídica directa. En la segunda parece (no es claro en absoluto) que el Tribunal quiere aplicar esa caracterización debilitada de los derechos sólo a aquéllos que se proyectan en el ámbito de los derechos fundamentales (realmente bien pocos en el Estatuto de Autonomía de Cataluña: sólo tres normas de cuarenta)<sup>12</sup>, reconociendo que en el título I del Estatuto también se contienen derechos subjetivos, mas sin indicar cuáles. Sea como fuere, la insistencia en degradar los derechos subjetivos a mandatos trae como consecuencia su exclusiva vinculación a los poderes autonómicos y su falta de eficacia directa para poder ser invocados ante los tribunales.

Pues bien, si la intención era esa, la de limitar el sujeto pasivo de los derechos estatutarios exclusivamente a los poderes públicos autonómicos, había otras vías para alcanzar el mismo objetivo; y resultaba innecesario recurrir a extrañas construcciones sin basamento teórico que, además, chocan con la literalidad y la sistemática de las normas de reconocimiento de derechos estatutarias: lo que en un estatuto está formulado como una posibilidad de realización por parte de un sujeto de un concreto haz de facultades frente a otro sujeto obligado a permitir o a posibilitar esa realización eso, se mire como se mire, es un derecho. Y si ese

derecho se formula como una autoobligación del poder público autonómico, ese será un derecho público que sólo vinculará a ese poder autonómico autoobligado.

De este modo es como se formulan la mayoría de normas de reconocimiento de derechos en el título I del Estatuto de Autonomía catalán: esas normas vinculan exclusivamente a los poderes públicos de Cataluña porque así lo dispone el artículo 37.1 EAC, y excepcionalmente también a los del Estado por lo que a los derechos lingüísticos se refiere<sup>13</sup>. Pero es que el artículo 37.1 EAC tampoco hubiera podido disponer otra cosa puesto que la introducción de derechos en un estatuto supone el establecimiento de unas relaciones jurídicas establecidas y aseguradas por la norma institucional básica de la comunidad autónoma para modular, contraer y someter el poder de esa comunidad (básicamente porque ese es el cometido de un estatuto en relación con cada comunidad autónoma), que la sitúa en la posición del sujeto pasivo obligado por el correspondiente derecho público subjetivo. No es, pues, una cuestión de que los derechos estatutarios, por el hecho de serlo, deban ver degradada su naturaleza a la categoría de mandatos —a fin de que solo vinculen al legislador autonómico— sino de que el estatuto como norma institucional básica de la comunidad autónoma solo puede, en general, definir el alcance y límites del poder del ente que crea —este es su principal cometido— y, consiguientemente, el entramado de relaciones jurídicas con sus ciudadanos.

En consecuencia, parece que tampoco se sostiene la advertencia de que los derechos estatutarios carecen de eficacia directa. Los estatutos (los que incluyen catálogos de derechos), ciertamente, no contienen derechos de libertad, cuya realización es inmediata. Más bien contienen, predominantemente, derechos social-prestacionales, lingüísticos (allí donde es posible) y, de forma subordinada, derechos de participación, lo que, en muchas ocasiones, pero no en todas, genera su dependencia, en orden a su contenido y garantías, respecto de lo determinado por “la ley”. Pero ello no les

convierte automáticamente en meros mandatos al legislador carentes de cualquier eficacia directa; al menos así lo sostiene el Tribunal en relación con los derechos de configuración legal constitucionales que son exigibles sin desarrollo legal siempre que su naturaleza lo permita<sup>14</sup>.

Pues bien, no se trata de trasladar de forma automática a los derechos estatutarios lo que el Tribunal refiere a los llamados derechos de configuración legal constitucionales; pero tampoco nada impide una construcción semejante para aquéllos, puesto que la efectividad de los derechos de configuración legal constitucionales no deriva de su constitucionalización, sino de su formulación en una norma jurídica de la que se predica su aplicabilidad inmediata. Y es de advertir, en este sentido, que los derechos de los capítulos I, II y III del título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña, por ejemplo, son directamente aplicables de acuerdo con el propio Estatuto puesto que para ellos no rige el artículo 39.3, cuyo texto excepciona la regla general de aplicabilidad inmediata de las normas estatutarias reconocidas en el título I en relación exclusiva con los principios rectores del capítulo V del Estatuto (“Los principios rectores son exigibles ante la jurisdicción, de acuerdo con lo que determinan las leyes y las demás disposiciones que los desarrollan”).

En definitiva, si bien no es objetable que los derechos estatutarios tienen, en general, una fuerte dependencia de la ley en orden a su contenido, sí lo es que se configuren como meros mandatos al legislador autonómico. Ello supone desconocer en términos concretos la formulación normativa de aquellas normas que imponen verdaderas obligaciones a su sujeto pasivo y que encuentran lógicamente su correlato en un derecho. Lo que no excluye además que, siendo el estatuto norma de aplicación directa (nada lo excluye más que las excepciones por el mismo contempladas), los derechos como tales reconocidos tengan también exigibilidad inmediata ante los tribunales, que habrán de tutelarlos en los términos que se deriven de su concreta formulación (de no existir ulterior norma de desarrollo)<sup>15</sup>.

### 3. DERECHOS SOCIALES Y REGULACIÓN AUTONÓMICA

El reconocimiento y regulación de derechos por parte de las comunidades autónomas —como se ha venido insistiendo— se ha producido como consecuencia lógica de la proyección de sus títulos competenciales sobre la materia en la que se sitúa el bien jurídico protegible en cada derecho. Reconocimiento y regulación que se han visto reforzados con la introducción en los estatutos de autonomía reformados a partir de 2006 de declaraciones, más o menos profusas, de derechos, deberes y principios rectores para el respectivo ámbito autonómico. Y ello, a pesar y al margen de que insistentemente se ha cuestionado, primero, la posibilidad de regulación legislativa diferenciada y, luego, la existencia misma de los catálogos de derechos estatutarios; y que permanentemente se ha advertido sobre los peligros que ese ejercicio competencial puede entrañar para el principio de igualdad.

Pero, precisamente, la realización del principio de igualdad material constituye la función principal de las normas sobre derechos sociales, sea el Estado central quien las dicte o sean las comunidades autónomas. De modo que, al menos cuando de derechos sociales se trata, difícilmente puede achacarse a las distintas regulaciones autonómicas una ruptura potencial del principio de igualdad que es el que intrínsecamente persiguen. Cuestión distinta es la llamada igualdad territorial, pero ésta le corresponde al Estado central garantizarla con los mecanismos anteriormente aludidos.

Desde la convicción, pues, no solo de la legitimidad sino también de la necesidad de la intervención de las comunidades autónomas tanto en la regulación como en la prestación de derechos sociales, se expondrá seguidamente cuál ha sido la actividad legislativa autonómica en esta materia. Bien es sabido que, precisamente, el poder ejecutivo es el que por sus medios presenta una mayor disposición a la intervención social directa; aunque también lo es que el poder legislativo es quien mejor puede fijar el

modelo de actuación social como marco estable. Por lo que, al menos en perspectiva jurídica, resulta suficientemente ilustrativo circunscribirse a la actividad de cada legislador autonómico para pretender conocer la implicación autonómica en el despliegue de los derechos sociales. Pero, además, también resultará útil al propósito perseguido reconsiderar si las declaraciones estatutarias de derechos han servido de aportación cualitativa a lo ya conseguido por el legislador autonómico en el desarrollo los derechos sociales, contribuyendo, así, a la consolidación de nuestra forma de Estado social.

#### A. ACTIVIDAD LEGISLATIVA AUTONÓMICA EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES: COMPETENCIA, MARCO CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIO Y DERECHOS REGULADOS

La tutela de los derechos sociales ha sido un cometido asumido por todas las comunidades autónomas sin excepción, aunque se aprecien sensibles diferencias entre ellas en el número de normas con rango de ley aprobadas, a la intensidad reguladora de las mismas, y a los derechos regulados<sup>16</sup>, así como también algunas particularidades en orden a su eficacia y garantías.

Por lo que a la primera de las cuestiones atañe, el cuadro siguiente muestra la actividad legislativa de cada comunidad autónoma en el ámbito de los derechos sociales. El primer grupo está formado por las comunidades autónomas cuyos estatutos reformados incluyen en mayor o menor profusión normas relativas a derechos, deberes y principios rectores; y, como puede observarse, es en este grupo donde se sitúan las comunidades autónomas más activas legislativamente (excepto Extremadura y Baleares, pero sus estatutos, como se ha visto, tampoco contienen amplias declaraciones de derechos; ninguna en el caso extremeño). En el segundo grupo, sin embargo, no desaparece la actividad legislativa; antes al contrario, a pesar de que algunas comunidades presenten aquí cifras por debajo de la media.

## ESTATUTOS REFORMADOS

## ESTATUTOS NO REFORMADOS

	And	Arg	Cat	CL	CVa	Ext	I. Bal	Ast	Cant	CM	Gal	I. Ca	Ma	Mu	Nav	PV	L.Ri
Familia	2	4	6	2	4	1	2	2	1	2	3	3	2		2	4	
Men y Jív.	2	6	11	5	3	2	2	2	4	2	2	2	2	5	1	2	2
Mayores	1	1	2	1	1	1		1				1			1		
Género	2	2	2	3	1	1	2		2	3	4	2	1	4	3	2	
Dependientes	2	1	3	1	3	1	2	1	2	1	1	1	2	1	2	2	2
Educación	7	4	14	3	6	2	3	3	3	5	5	8	6	5	5	7	3
Cultura	9	12	11	6	6	8	5	3	4	6	11	11	3	10	2	2	4
Salud	6	7	8	7	5	3	4	2	6	3	4	3	5	4	6	3	5
S. Sociales	2	5	9	6	2	2	3	4	4	2	2	3	2	5	4	6	3
Laboral	3	2	8	2	2	1	1	3	2	3	2	2	1	2	1	2	2
Vivienda	2	2	4	1	1	2	1		1	1	2	1		3	3	1	1
Consumidores	2	2	6	2		1	1	1	2	1	1	1	1	2	1	2	
	40	48	84	39	34	25	26	22	31	29	37	38	25	41	31	33	22

Mayor volumen de leyes, sin embargo, tampoco garantiza mayor efectividad en la tutela de los derechos sociales y resulta más interesante examinar qué derechos sociales han sido regulados por las comunidades autónomas. El criterio aquí utilizado para reconocer una regulación de reconocimiento y tutela de un derecho social parte del concepto de derecho social que se mantiene, integrado por aquellos derechos que afectan la realización de las necesidades existenciales básicas del individuo y cuya formulación como derechos sociales imponen a los poderes públicos la realización de dichas necesidades en consecución de la igualdad. De acuerdo con ello, se excluirán de este ámbito el derecho al medio ambiente (aunque lo regulen un elevado número de normas autonómicas se excluye por no ser su función la de realización del principio de igualdad material, ni su objeto protegido), o algunos derechos laborales (p. ej. negociación colectiva, derecho de huelga) que muchos autores califican de derechos sociales. Se incluirán, sin embargo, todos aquellos derechos que puedan situarse en alguno de los siguientes tipos de obligaciones públicas autonómicas: el de determinadas prestaciones de servicios, el de la protección de la situación económica básica y el de la exigencia de determinados tratamientos tuitivos; tres ámbitos obligacionales que actúan como vasos comunicantes y que pueden estar presentes, con mayor o menor incidencia, en todos los derechos sociales.

### a) Derechos sociales en el ámbito de la prestación de servicios: educación, salud, asistencia social

A pesar de que tras el efectivo ejercicio de muchos de derechos sociales está presente una estructura administrativa organizada con tal fin, son los derechos a la educación, a la salud y aquellos relacionados con la asistencia social los que más necesitan de una verdadera organización sectorial.

Sobre el derecho fundamental a la educación (art. 27 CE) se proyecta una competencia compartida autonómica<sup>17</sup>. La mención a este derecho está presente en los Estatutos de las Islas Baleares, Andalucía, Castilla y León, y Cataluña. Y es relevante la ampliación estatutaria del contenido o la concreción de los titulares de este derecho constitucional en tres aspectos: se reconoce como integrante del derecho a la educación la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos (solo el EAA, art. 21.5), con eficacia directa y, por lo tanto, directamente exigible ante la jurisdicción ordinaria. Se reconoce también como integrante del derecho a la educación el derecho de acceso a una educación adaptada para las personas con necesidades educativas especiales (arts. 26.4 EAIB, 21.10 EAA, art. 13.1 EACL, 21.7 EAC). Y, en tercer lugar, el derecho a la educación se amplía mediante el reconocimiento del derecho de todas las personas adultas a la educación permanente (art. 13.1 EACL), “en los términos que legalmente se establezcan”. A

nivel legislativo, no todas las comunidades autónomas cuentan con una ley cabecera en materia de educación que regule el contenido del derecho y sus condiciones de ejercicio (desde el correspondiente título competencial autonómico)<sup>18</sup>, ni normas sectoriales que amplíen el contenido constitucionalmente reconocido, como la educación de adultos<sup>19</sup>, derechos en el ámbito universitario<sup>20</sup>, o participación social en la educación<sup>21</sup>. Pero, en cambio, sí que todas ellas poseen un amplio abanico de leyes de organización de los servicios educativos: de consejos escolares<sup>22</sup>, del profesorado<sup>23</sup>, de acción territorial y recursos económicos de los centros<sup>24</sup>, de creación de centros<sup>25</sup> y de organización universitaria<sup>26</sup>. El acento, por lo tanto, se sitúa, en general, en la prestación del servicio de educación más que en la ampliación del contenido del derecho, aunque no se descarta.

También en régimen de compartición se ejerce la competencia autonómica respecto del derecho constitucional a la salud<sup>27</sup> (art. 43 CE). Este derecho que en sede constitucional ha sido reconocido entre los principios rectores del capítulo III, título I de la Constitución, se afianza como derecho social en los estatutos de autonomía reformados, así el de Aragón (art. 14), Baleares (art. 25), Castilla y León (art. 13.2), Cataluña (art. 23) y Andalucía (art. 22). En este reconocimiento aparecen derechos de nuevo cuño, algunos propiamente sociales, otros con connotaciones más bien civiles: acceso en condiciones de igualdad a los servicios sanitarios (arts. 14. 1 EAA, 13.2 EACL, y 23.1 EAC), pero también derechos de los pacientes (arts. 25.3 EIB, 23.3 EAC y 22.2 EAA), y a declarar su voluntad vital anticipada (arts. 25.4 EIB, 20 EAC, y 20 EAA). La formulación de algunos de estos derechos con referencia a la ley supone un aplazamiento de la especificación de parte de su contenido o de sus condiciones de ejercicio. Pero allí donde no se produce ese aplazamiento —así por ejemplo, en relación con los derechos del paciente (especialmente modélico es el artículo 22.2 EAA), tratamiento del dolor, cuidados paliativos, o declaración de voluntades vitales anticipadas— lo que se formula son derechos completos, por lo que

no genera problema alguno su exigibilidad directa ante los tribunales. A nivel legislativo, todas las comunidades autónomas cuentan con una ley que regula la prestación del derecho a la salud<sup>28</sup> además de numerosas leyes sectoriales que complementan organizativamente el servicio<sup>29</sup> o que precisan subderechos de este ámbito: derechos de los pacientes<sup>30</sup>, documento de voluntades vitales anticipadas y derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte<sup>31</sup>, derechos de los drogodependientes<sup>32</sup>, derechos de determinados enfermos<sup>33</sup>, o derecho a la salud de los escolares<sup>34</sup>.

Un régimen competencial fundamentalmente exclusivo es el que rige, finalmente en el ámbito de la asistencia social, cuya plasmación no se efectúa en la Constitución bajo una formulación de derecho subjetivo sino de principio rector, a pesar de que el Estado ha llevado a cabo una intensa tarea legislativa en este ámbito, especialmente desde el título competencial transversal reconocido en el artículo 149.1.1ª CE. La asistencia social se ha recibido en el ámbito autonómico como mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de la población, que opera mediante técnicas diferentes de las propias de la seguridad social, que se financia al margen de cualquier obligación contributiva, y que prescinde de la colaboración económica previa de sus destinatarios. En esta perspectiva, ha tenido en los estatutos reformados un extenso campo para la formulación de verdaderos derechos de nueva creación. Sin embargo, solo los Estatutos de Cataluña (art. 24), Andalucía (art. 23) y Castilla y León (art. 13.3), han previsto el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones de la red de servicios sociales de responsabilidad pública; servicios que se extienden en forma de prestaciones concretas a favor de determinados colectivos necesitados de esta protección, especialmente, las familias (art. 16 EAC, 17 EAA), las personas dependientes (24 EAA), y las personas excluidas del mercado laboral (art. 25.2 EAC). La concreción de esos derechos asistenciales, de naturaleza puramente prestacional, se remite evidentemente a la ley, aunque en los es-

tatutos mencionados ya se dan elementos de titularidad y de contenido suficientes como para reconocer verdaderos derechos de directa tutela. Todas las comunidades autónomas sin excepción cuentan también con su propia ley cabecera de asistencia social<sup>35</sup>, y en algunas comunidades autónomas se acompañan de otras leyes sectoriales en materia de voluntariado<sup>36</sup> y de organización administrativa de los servicios asistenciales<sup>37</sup>.

### **b) Derechos sociales de protección de la situación económica y existencial: renta social, vivienda digna, y acceso a la cultura**

Las competencias autonómicas de protección económica y existencial se manifiestan, principalmente, en el ámbito del establecimiento de una renta social o de ciudadanía y de otras ayudas dinerarias, del derecho a una vivienda digna y del derecho de acceso a la cultura en condiciones de igualdad.

El primero de los derechos es regulado desde el título competencial autonómico en régimen de exclusividad inserto en la materia asistencia social; por lo que el derecho a percibir una renta de ciudadanía u otro tipo de ayuda económica se presenta en íntima relación con el derecho de acceso a los servicios sociales ya referido. La Constitución se mueve de nuevo en este ámbito en un terreno principal por lo que el margen de las comunidades autónomas sigue siendo muy amplio en la formulación de nuevos derechos. Los estatutos andaluz (art. 23.2), castellanoleonés (art. 13.9) catalán (art. 24.3), balear (art.21) y valenciano (art. 15) establecen el derecho (de todos, el EAA; y de las personas o familias en situación de pobreza o de exclusión el EAC, el EACV, el EAB y el EACL) a percibir una renta garantizada de ciudadanía que asegure a sus titulares los mínimos de una vida digna. La concreción de estos derechos puramente prestacionales es claro que se remite a la ley de la que depende su ejercicio. A nivel legislativo son minoría las comunidades autónomas que han previsto la existencia de un salario o renta social y el de-

recho a percibir otras prestaciones económicas para determinados colectivos<sup>38</sup>.

También exclusiva es la competencia autonómica en materia de vivienda, aunque el Estado intervenga en la materia desde diversos títulos transversales regulando el contenido del derecho previsto en el artículo 47 CE. Ello no obstante, el derecho a la vivienda digna aparece reconocido en los estatutos de Andalucía (art. 25), Cataluña (art 26), Comunidad Valenciana (art. 16), y Baleares (art. 22). La titularidad parece limitarse en el Estatuto de Cataluña a las personas que no disponen de recursos suficientes, pero no en los otros estatutos mencionados en los que el derecho corresponde a toda persona. Solo del Estatuto de Andalucía se desprende un contenido cierto del derecho en forma de obligación de los poderes públicos de promoción pública de vivienda con aplicabilidad inmediata. Además, la mayoría de comunidades autónomas inciden a nivel legislativo en la regulación de este derecho<sup>39</sup> y establecen leyes de promoción de la vivienda protegida<sup>40</sup>.

Los estatutos de autonomía asumen la materia cultura en exclusiva, pero también el Estado tiene reconocidas competencias en el artículo 149.1.2 CE. La Constitución formula en el artículo 44.1 un derecho abierto de acceso a la cultura, que se concreta en los estatutos como un derecho de acceso a la cultura en condiciones de igualdad y al desarrollo de capacidades creativas (arts. 13.1 EAAr, 13.19 EACL, 33 EAA, 18.1 EAB, y 22 EAC), así como en el derecho a integrarse culturalmente (solo el Estatuto balear, art. 18.2). Las leyes autonómicas en materia cultural son muy numerosas pero ninguna comunidad autónoma ha dictado todavía una norma de desarrollo del derecho de acceso a la cultura, a pesar de que sectorialmente sí existan regulaciones de fomento de acceso a ciertos bienes culturales (libros o museos).

### **c) Derechos sociales de exigencia de determinados tratamientos tuitivos**

Determinados colectivos son objeto de protección autonómica en clave social, aun-

que por lo general son colectivos que, individualmente considerados, presentan distintas facetas a proteger desde distintos títulos competenciales. Por ello, si las comunidades autónomas han podido regular de forma más integral la protección de determinados grupos en situación de desprotección o de desigualdad frente a otros, es porque, además del título en régimen exclusivo en materia de asistencia social, han asumido otras competencias: en exclusiva, en materia de promoción de la mujer y políticas de género, personas dependientes, política infantil y juvenil, deporte y ocio, o derechos de los consumidores (con incidencia de títulos transversales del Estado); en régimen ejecutivo, la materia laboral (especialmente, ocupación, reinserción, formación permanente, prevención de riesgos laborales y seguridad e higiene); y competencias en derecho civil, allí donde exista derecho civil propio (especialmente, desde la materia de derecho de familia). A estos colectivos, que en la Constitución constituyen meros bienes jurídicos a proteger a través de mandatos de promoción o protección dirigidos a los poderes públicos (capítulo III del título I CE), aluden (total o parcialmente) cuatro de los estatutos reformados, formulando derechos a su favor de distinta naturaleza, además de los ya vistos de carácter prestacional existencial. Son, así, objeto de esa protección estatutaria la familia (arts. 16 EAC, 17 EAA), los menores (arts. 17 EAC, art. 18 EAA, 13.6 EACL), los ancianos (arts. 18 EAC, art. 19 EAA), las mujeres (arts. 19 EAC, 15-16 EAA, 14 EACL), las personas dependientes y las discapacitadas (arts. 24.2 EAC, 24 EAA, 13.7 y 8 EACL), los trabajadores (arts. 25 EAC, 26 EAA, 13.4 EACL), y los consumidores (arts. 28 EAC, 27 EAA, 17 EAAR). Entre estos derechos de nuevo cuño se cuentan muchos de aplicabilidad inmediata cuya realización y protección no depende de la correspondiente regulación legal, en la medida en que el estatuto contiene elementos suficientes para su ejercicio. Así sucede con los derechos de los trabajadores (arts. 26 EAA y 25.1 EAC: acceso gratuito a los servicios públicos de empleo, o derecho a la formación profesional; art. 25.2 EAC: derecho a ejercer las tareas labora-

les y profesionales en condiciones de garantía para la salud y la seguridad); los derechos de los menores (art. 17 EAC, derecho a la protección integral); o los derechos de las personas en situación de dependencia (art. 13.7 EACL: derecho a la integración socioprofesional).

Al margen de las normas de derecho civil que afectan a aquellos colectivos, que no generan derechos públicos sociales, destacan muchas otras actuaciones de carácter tuitivo social provenientes de los legisladores autonómicos. En relación con las familias se establecen, por lo general, normas de apoyo económico<sup>41</sup>, como también en relación con las personas en situación de exclusión<sup>42</sup>. Las personas discapacitadas tienen reconocidos derechos a la percepción de prestaciones económicas<sup>43</sup>, pero también otras formas de protección e integración<sup>44</sup>. Lo mismo sucede con los ancianos<sup>45</sup> y con los menores y los jóvenes<sup>46</sup>. Los derechos de los trabajadores atienden, fundamentalmente, a dos perspectivas: la de la ocupación y reinserción (en desarrollo del derecho al trabajo)<sup>47</sup> y la de la prevención de riesgos y condiciones laborales (en desarrollo del derecho a la seguridad en el trabajo)<sup>48</sup>. Los derechos de las mujeres se abordan desde la perspectiva de la igualdad<sup>49</sup> y desde la prevención y protección frente a la violencia de género<sup>50</sup>. Además, todas las comunidades autónomas han desarrollado los derechos de los consumidores<sup>51</sup> mediante leyes en los que se protegen distintos aspectos civiles, sociales, sanitarios y de participación.

## B. DERECHOS SOCIALES ESTATUTARIOS VS. DERECHOS SOCIALES AUTONÓMICOS DE CREACIÓN LEGISLATIVA

Como se constata, pues, no es en términos globales un mal balance el que resulta de la actividad legislativa autonómica en el ámbito de los derechos sociales: se ha dado forma de verdaderos derechos subjetivos a nivel autonómico a mandatos constitucionales de promoción y protección dirigidos a los poderes públicos allí donde han existido competencias para ello; se han creado verdaderas estructuras serviciales

en educación, sanidad y servicios sociales; y se han desplegado políticas tuitivas a favor de determinados colectivos desprotegidos o discriminados en forma de derechos. Todo ello acompañado con la posibilidad de tutela —en tanto que las prestaciones se formulan bajo la cobertura de derechos públicos subjetivos— en sede jurisdiccional.

Sin embargo, cabría preguntarse si la posterior inclusión de esos derechos en los estatutos de autonomía, además de la formulación de otros nuevos, acompañados, a su vez, de nuevos principios rectores (así, los estatutos andaluz, catalán y castellano-leonés) constituye un salto cualitativo en la permanente realización del Estado social como forma de estado.

El conjunto de derechos que los estatutos reformados contienen (especialmente los que aquí se han denominado de primer grupo) no está formado solo por derechos sociales, aunque sí predominantemente, sino también por derechos que ahondan en el terreno de la llamada democracia participativa, poco desarrollada por la Constitución (consultas populares, participación administrativa sectorial o participación en el proceso de elaboración de normas), y por derechos en el ámbito lingüístico cuando hay posibilidad de ello. Este conjunto de regulaciones ha sido calificado de programa político, de operación objetable desde la tradición del constitucionalismo democrático<sup>52</sup>; de causa de estrechamiento del proceso político democrático<sup>53</sup>; de texto intervencionista<sup>54</sup>. Por lo tanto, que un estatuto de autonomía contenga un catálogo de derechos de esa naturaleza no deja indiferente, y uno de los mayores rechazos que produce es ese innegable carácter intervencionista que evidentemente está presente.

Y es que es cierto: las normas estatutarias sobre derechos, principalmente sobre derechos sociales, son normas intervencionistas y finalistas cuya pretensión principal es la de disminuir la libertad de decisión de los distintos

titulares de los poderes públicos: en especial, la del legislador autonómico; porque los derechos sociales funcionan no solo como límites sino también como auténticas imposiciones positivas al legislador. Sin embargo, lo que para unos constituye una limitación y constreñimiento injustificado que, además, según quien lo afirme, también impone trabas a la realización del principio de igualdad territorial, para otros constituye una exigencia de la forma social del estado previsto por la Constitución española. Legítima por ello mismo y legítima porque la plena libertad de un pretendido pleno legislador es la negación misma del constitucionalismo. Por ello, negar la posibilidad de la existencia de derechos sociales estatutarios por motivos intervencionistas no es más que el disfraz para negar la posibilidad de existencia del Estado social como Estado constitucional<sup>55</sup>.

La cuestión, pues, de si la introducción de un catálogo de derechos sociales en los estatutos de autonomía constituye un salto cualitativo frente al mero reconocimiento de derechos sociales por parte del legislador creo que debe contestarse en forma afirmativa. Y ello, no porque la existencia de un marco previo estatutario de derechos sociales asegure un mejor contenido de esos derechos sociales o un mayor número en su reconocimiento —ya se ha visto que también comunidades autónomas sin estatuto reformado han desplegado una intensa actividad legislativa sobre derechos sociales—, sino porque, situada su formulación en el plano de la norma institucional básica de cada comunidad autónoma, lo que se asegura es la propia existencia y permanencia de cada derecho social como derecho público subjetivo que, en otro caso, quedaría en manos de la voluntad de cada legislador. No se descubre nada nuevo con ello porque, precisamente, ese era el objetivo explícito, al menos, de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña que actuó con su catálogo de derechos como impulsor del de los demás.

## NOTAS

1. Véase al respecto M.A. APARICIO (ED): *Derechos y libertades en los Estados compuestos*. Barcelona, 2005, 234 pp. M.A. APARICIO PÉREZ y M. BARCELÓ I SERRAMALERA: *Los órganos garantes de la autonomía política. Defensa institucional y protección de los derechos (los casos de Italia, Alemania y España)*, Barcelona, 2009; 251 pp.

2. El artículo 139.1 CE ha perdido en buena parte la capacidad de incidencia que se le atribuyó en un primer momento. Los problemas originarios que planteó la interpretación del artículo 139.1, entendido como una limitación de carácter absoluto para las comunidades autónomas en la regulación de derechos al constituir, de acuerdo con esta posición, un mandato de uniformidad (igualdad absoluta en los derechos de los españoles), ha dado paso a un entendimiento más adecuado al principio autonómico. La misma jurisprudencia constitucional ha considerado que la norma contenida en el artículo 139.1 CE impondría no un mandato de uniformidad o incluso de homogeneidad, sino un mandato de igualdad de todos los españoles ante cada ordenamiento autonómico en materia de derechos (STC 37/1987, 173/1998). Es decir, la igualdad proclamada por el artículo 139.1 CE significaría una exigencia de igualdad ante cada ordenamiento autonómico y para todos quienes estuvieran sometidos o resultaran afectados de una manera u otra. Pero no implicaría, por el contrario, una igualdad de posiciones jurídicas entre todos los españoles, en la medida que están sometidos a ordenamientos jurídicos diferentes.

3. De trascendencia también relativa es el límite que supone la reserva de ley orgánica a la capacidad legislativa autonómica en materia de derechos puesto que afecta a un grupo muy reducido de ellos: los reconocidos en los arts. 15 a 29 CE, sección primera, capítulo segundo del título I de la Constitución sobre los que las comunidades autónomas han asumido escasas competencias. Respecto de esos derechos surge una doble limitación para las comunidades autónomas: una de carácter material —en función del alcance que se dé al término “desarrollo” del art. 81.1— y otra de naturaleza formal —porque sólo pueden emanar leyes orgánicas de las Cortes Generales. La jurisprudencia constitucional ha resultado ser favorable a la expansividad material de este tipo de ley, de modo que “desarrollo” comporta la regulación de los aspectos esenciales para “la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidos”; según la STC 173/1998), lo que ciertamente provoca colisiones entre la legislación orgánica y la autonómica en la regulación concreta de derechos.

4. Más difícil resulta entender como verdadero límite a la capacidad reguladora de derechos autonómica la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1ª CE. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha dejado establecido en la STC 61/1997 que este precepto reconoce un título competencial con contenido propio, no residual, que habilita al Estado para regular tanto el contenido primario del derecho y las posiciones jurídicas fundamentales —facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o ciertos presupuestos previos—, como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho, los requisitos o las condiciones básicas en que se ejerza, y el marco organizativo que posibilita el ejercicio mismo del derecho (confundiendo así la proyección material de esta competencia con la reserva de ley orgánica). Pero también lo es que la relativa función limitadora del artículo 139 CE o de la reserva de ley orgánica no se encuentra en esta competencia estatal porque no es más que la manifestación de una especie de otorgamiento de poder de vigilancia o tutela que sólo opera como límite cuando es utilizado. De forma que el límite no se encuentra en su existencia, sino en la utilización concreta que efectúe el Estado central sobre los ámbitos en que la proyecte. Y la diferencia es importante puesto que el artículo 149.1.1ª nunca podrá ser invocado *a priori* o en abstracto (en términos muy parecidos, STC 247/2007, FJ 17, con cita de las STC 61/1997, 109/2003 y 152/2003) como parámetro de constitucionalidad para juzgar las disposiciones estatutarias y las actuaciones normativas o ejecutivas autonómicas (deberá esperarse al pronunciamiento normativo estatal), sino, por el contrario, para juzgar las actuaciones normativas o ejecutivas del Estado central: antes de poder decir que una actuación normativa o ejecutiva autonómica incurre en “desigualdad” deberá verificarse si la actuación normativa “niveladora” del Estado central tiene legitimidad constitucional.

5. Según se expone en el recurso presentado por noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

6. L.Mª DÍEZ-PICAZO: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pp. 63-75.

7. El razonamiento principal de esta posibilidad se resume en el FJ 12: “ (...) los Estatutos de Autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional a que hemos aludido, sino también otras cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos

poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro. El principio dispositivo ofrece, así, un margen importante en este punto a las diferentes opciones de las Comunidades Autónomas, margen tanto sustantivo como de densidad normativa, pero que opera, reiterémoslo de nuevo, dentro de los límites que se deriven de la Constitución.(...). En definitiva, el contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía incluye tanto el que la Constitución prevé de forma expresa (y que, a su vez, se integra por el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 147.2 CE y el adicional, al que se refieren las restantes remisiones expresas que la Constitución realiza a los Estatutos), como el contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión con las aludidas previsiones constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma”.

8. M.A. CABELLOS ESPÍERREZ: “Derechos y garantías jurisdiccionales en la sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Revista catalana de Dret Públic*, Especial sentencia sobre el Estatuto, 2010: p. 1.

9. FJ, 15: “Son los Estatutos, precisamente, la concreta fuente constitucionalmente prevista para dotar de sentido y alcance la institución de que se trate (...). De este modo, dichas regulaciones estatutarias, llamadas constitucionalmente a producir una vinculación directa de los poderes públicos de la Comunidad, pueden generar también verdaderos derechos subjetivos. (...)”. Estos “verdaderos derechos subjetivos” ligados a la regulación estatutaria de las instituciones propias serían, por ejemplo, los derechos de los parlamentarios, los derechos lingüísticos, o los derechos de participación.

10. En este mismo sentido, G. PISARELLO: “Derechos y Garantías jurisdiccionales en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Revista catalana de Dret Públic*, Especial sentencia sobre el Estatuto, 2010: p. 2.

11. A esta nueva configuración de los estatutos de autonomía se refiere E. Albertí, quien advierte que se produce un “desconocimiento, o negación, de la función del Estatuto como complemento de la Constitución en materia territorial”, que lleva a una “posición debilitada del Estatuto, desprovista de valor normativo” (E. ALBERTÍ ROVIRA: “Concepto y función del Estatuto de autonomía en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Revista catalana de Dret Públic*, Especial sentencia sobre el Estatuto, 2010.). E Fossas también considera que el Tribunal aborda la cuestión en un tono eminentemente dogmático y sin apenas referencias a la jurisprudencia constitucional, con frecuentes afirmaciones apodícticas, construyendo un argumento formalista que gira insistentemente alrededor de la supremacía normativa de la Constitución, la unidad del ordenamiento jurídico, y el poder constituyente soberano (E. FOSSAS: “El Estatuto como norma y su función constitucional. Comentario a la STC 31/2010”, *Revista catalana de Dret Públic*, Especial sentencia sobre el Estatuto, 2010). En efecto, a mi juicio, en la STC 31/2010 se produce un evidente cambio de dirección respecto de la configuración de los estatutos de autonomía. Y el cambio de discurso no se halla tanto en aquello que se dice como en aquello que no se dice y que acababa de formularse en la sentencia 247/2007: no se habla del carácter paccionado del estatuto, ni de su resistencia frente al resto de leyes orgánicas, ni de la función que cumple en el sistema en cuanto a distribución y concreción en cada territorio del poder estatal, ni se recuerda que el único parámetro de validez en su enjuiciamiento es la Constitución y no otras leyes orgánicas. Nada de todo eso sale ahora a relucir porque lo que precisamente conviene subrayar es la sumisión del Estatuto a la Constitución y a la interpretación auténtica e indiscutible que de ella realiza el Tribunal Constitucional, quien substituye, como una suerte de poder constituyente-actualizador de la Constitución, el papel asumido hasta ahora por los estatutos de autonomía (a partir del principio dispositivo) en la distribución del poder político entre Estado y comunidades autónomas.

12. En el ámbito de los derechos fundamentales, si por ellos entendemos los derechos de la sección 1ª, capítulo II, título I de la Constitución, según ha indicado el propio Tribunal, sólo se proyectarían el artículo 21 (educación), parcialmente el artículo 29 (participación política) y el artículo 31 del Estatuto (*habeas data*).

13. Lo que no es cuestionado por el Tribunal (FJ 21) dado el particular régimen competencial de la materia, de acuerdo con el cual corresponde a la comunidad autónoma fijar el régimen de la cooficialidad allí donde exista y, por lo tanto, sus normas en esta materia vinculan también a los poderes del Estado central.

14. “Aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una *interpositio legislatoris* para su desarrollo y plena eficacia, nuestra jurisprudencia niega que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado” (STC 254/1993, FJ 6, y constante jurisprudencia en este sentido: SSTC 15/10982, 35/1985, 160/1987, y posteriormente STC 31/1994).

15. T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI: “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5, 2008, pp. 1-48, lleva a cabo una clasificación de las distintas normas contenidas en las declaraciones de derechos estatutarias indicando respecto de cuáles de ellas es predicable dicha aplicabilidad inmediata.

16. Cifras distintas maneja F. LÓPEZ MENUDO: “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*. 2009, pp. 71-190, quien sostiene que no existen sensibles diferencias en la tutela de los derechos sociales entre comunidades autónomas, aunque destaca Madrid, Valencia y Cataluña, por este orden, en cuanto el número de leyes sociales aprobadas. No son los números que aquí se aportan y cuya fuente se halla en la página web <http://dretsestatutaris.uab.cat/> confeccionada por el *Grup de Recerca d'Estudis Federals Autònòmics* que dirijo. De acuerdo con los datos allí expuestos la Comunidad de Madrid habría dictado en el ámbito de los derechos sociales 29 normas con rango de ley; la Comunidad Valenciana 34, y Cataluña 84. Por lo tanto, los datos no son coincidentes, lo que solo es posible supongo si se parte de criterios distintos en la cuantificación. En este sentido deben indicarse que las cifras totales manejadas en este trabajo no reflejan ni las modificaciones de cada una de las leyes contabilizadas, ni leyes de carácter singular (por ejemplo, de creación de una concreta universidad).

17. Sin embargo, en materia de educación, es competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña la materia comprendida en los apartados 1 y 2 del artículo 131 EAC. Y lo mismo se reconoce en el Estatuto andaluz respecto de la Junta de Andalucía (art. 52.1 EAA)

18. Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de educación de Andalucía. Ley 12/2009, de 10 de julio, de educación (Cataluña)

19. Ley 3/1990, de 27 de marzo para la educación de adultos (Andalucía). Ley 16/2002, de 28 de junio, de educación permanente de Aragón. Ley 23/2002, de 21 de noviembre, de educación de personas adultas de Castilla-La Mancha. Ley 3/2002, de 9 de abril, de educación de personas adultas de Castilla y León. Ley 3/1991, de 18 de marzo, de formación de adultos (Cataluña). Ley 4/2006, de 30 de marzo, de educación y formación permanentes de personas adultas (Islas Baleares). Ley Foral 19/2002, de 21 de junio, reguladora de la educación de personas adultas (Navarra).

20. Ley 5/2005, de 14 de junio, de ordenación del sistema universitario de Aragón. Ley 2/2005, de 7 de abril, de la Agencia de Calidad Universitaria de Castilla-La Mancha. Ley 3/2003, de 28 de marzo, de universidades de Castilla y León. Ley 1/2003, de 19 de febrero, de universidades de Cataluña. Ley 3/2005, de 25 de abril, de universidades de la Región de Murcia. Ley 3/2004, de 25 de febrero, del sistema universitario vasco

21. Ley 3/2007, de 8 de marzo, de participación social en la educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

22. Ley 4/1984, de 9 de enero, de consejos escolares (Andalucía). Ley 5/1998, de 14 de mayo, de los consejos escolares de Aragón. Ley 9/1996, de 27 de diciembre, reguladora del Consejo Escolar del Principado de Asturias. Ley 3/1999, de 24 de marzo, de consejos escolares de Cantabria. Ley 25/1985, de 10 de diciembre, de los consejos escolares (Cataluña). Ley 8/2001, de 14 de junio, por la que se regulan los consejos escolares de Extremadura. Ley 9/1998, del 14 de diciembre, de consejos escolares de las Islas Baleares. Ley 3/2004, de 25 de junio, de consejos escolares riojanos. Ley 12/1999, de 20 de abril, de creación del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid. Ley 6/1998, de 30 de noviembre, de consejos escolares de la Región de Murcia. Ley 13/1988, de 28 de octubre, de consejos escolares de Euskadi.

23. Ley 6/2009, de 29 de diciembre, de evaluación de la función docente y sus incentivos (Asturias). Ley 11/1991, de 10 de mayo, reguladora del acceso a la función pública docente del personal docente de los centros que, en virtud de la Ley 14/1983, de 14 de julio, del Parlamento de Cataluña, se han integrado en la red de centros públicos dependientes de la Generalitat de Cataluña. Ley 15/2010, de 3 de diciembre, de la Generalitat, de autoridad del profesorado (Comunidad Valenciana). Ley 2/2010, de 15 de junio, de autoridad del profesor (Comunidad de Madrid). Ley 2/1993, de 19 de febrero, de cuerpos docentes de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

24. Ley 3/2006, de 17 de marzo, de creación del fondo de acción territorial de la educación (Cataluña). Ley 4/1988, de 28 de marzo, reguladora de la autonomía de gestión económica de los centros docentes públicos no universitarios de la Generalitat de Cataluña. Ley 18/1987, de 13 de julio, por la cual se establece la gratuidad de la enseñanza en los estudios de nivel medio y en los de artes aplicadas y oficios artísticos. Ley Foral 26/2002, de 2 de julio, de medidas para la mejora de las enseñanzas no universitarias (Navarra). Ley Foral 11/1998, de 3 de julio, por la cual se regula la financiación pública de los centros de iniciativa social que impartan las enseñanzas de bachillerato, ciclos formativos de grado medio y programas de garantía social (Navarra).

25. Ley 5/2004, de 9 de julio, de creación de escuelas infantiles de calidad (Cataluña). Ley 2/2005, de 11 de marzo, de academias de la Región de Murcia. Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la escuela pública Vasca.

26. Ley 10/1998, de 21 de septiembre, del Consejo Social de la Universidad de Cantabria. Ley 7/2001, de 31 de mayo, de creación de la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación (Cataluña). Ley 16/1998, de 28 de diciembre, de los consejos sociales de las universidades públicas de Cataluña. Ley 15/1998, de 28 de diciembre, del Consejo Interuniversitario de Cataluña. Ley 26/1984, de 19 de diciembre, de coordinación universitaria y de creación de consejos sociales (Cataluña). Ley 4/2007, de 9 de febrero, de en Generalitat, de coordinación del sistema universitario valenciano. Ley 2/2003, de 28 de enero, de en Generalitat, de consejos sociales de las universidades públicas valencianas. Ley 5/2002, de 19 de junio, de la Generalitat Valenciana, de creación del Consejo Valenciano de Universidades y de la Comisión Valenciana de Acreditación y Evaluación de la Calidad en el Sistema Universitario Valenciano. Ley 1/2003, de 9 de mayo, de los consejos sociales del sistema universitario de Galicia. Ley 6/2003, de 26 de marzo, del Consejo Social de la Universidad de la Rioja. Ley 2/2003, de 20 de marzo, de organización institucional del sistema universitario de las Islas Baleares. Ley 15/2002, de 27 de diciembre, de creación de la Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Islas Baleares de Madrid. Ley 12/2002, de 18 de diciembre, de los consejos sociales de las universidades públicas de la Comunidad de Madrid. Ley 4/1998, de 8 de abril, de coordinación universitaria (Madrid). Ley Foral 15/2008, de 2 de julio, del Consejo Social de la Universidad Pública de Navarra.

27. En materia de sanidad también son exclusivas para la Generalitat las materias comprendidas en el artículo 162.1 EAC; y para la Junta en el art. 55.1 EAA.

28. Ley 2/1998, de 15 de junio, de salud de Andalucía. Ley 6/2002, de 15 de abril de salud de Aragón. Ley 1/1992, de 2 de julio, del servicio de salud del Principado de Asturias. Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria. Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de ordenación sanitaria de Castilla-La Mancha. Ley 1/1993, de 6 de abril, de ordenación del sistema sanitario (Castilla y León). Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria de Cataluña. Ley 3/2003, de 6 de febrero, de la Generalitat, de ordenación sanitaria de la Comunidad Valenciana. Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura. Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de ordenación sanitaria de Galicia. Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública (Islas Baleares). Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias. Ley 2/2002, de 17 de abril, de salud (La Rioja). Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid. Ley 4/1994, de 26 de julio, de salud de la Región de Murcia. Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de salud (Navarra). Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi

29. Ley 8/1986, de 6 de mayo, del servicio andaluz de salud. Ley 3/2005, de 12 de mayo, de creación de la entidad pública aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos. Decreto Legislativo 2/2004, de 30 de diciembre, del Gobierno de Aragón, mediante el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del servicio aragonés de salud. Ley 10/2001, de 28 de diciembre, de creación del servicio cántabro de salud. Ley 24/2002, de 5 de diciembre, de garantías en la atención sanitaria especializada (Castilla La Mancha). Ley 21/2010, del 7 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del servicio catalán de la salud. Ley 8/2007, del 30 de julio, del Instituto Catalán de la Salud. Ley 12/1983, de 14 de julio, de administración institucional de la sanidad y de la asistencia y los servicios sociales de Cataluña. Ley 6/2008, de 2 de junio, de la Generalitat, de aseguramiento sanitario del sistema público (Comunidad Valenciana). Ley 4/2005, de 17 de junio, de la Generalitat, de salud pública de la Comunidad Valenciana. Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

30. Ley 7/2006, de 15 de junio, de tiempos máximos de respuesta en la atención sanitaria especializada (Cantabria). Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud (Castilla y León). Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública (Cataluña). Ley 7/2003, de 25 de abril, de protección de la salud (Cataluña). Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (Cataluña). Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana. Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente (Extremadura). Ley 1/2005, de 24 de junio, de tiempo de respuesta en la atención sanitaria especializada del sistema sanitario público de Extremadura. Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (Galicia). Ley 6/2009, de 16 de noviembre, de libertad de elección en la sanidad en la Comunidad de Madrid. Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia. Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra.

31. Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte (Andalucía). Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad

(Asturias). Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad (La Rioja). Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (Navarra).

32. Ley 4/1997, de 9 de julio, de prevención y asistencia en materia de drogas (Andalucía). Ley 3/2001, de 4 de abril, de prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias (Aragón). Ley 5/1997, de 6 de octubre, de prevención, asistencia e incorporación social en materia de drogodependencias (Cantabria). Ley 20/1985, de 25 de julio, de prevención y asistencia en materia de sustancias que pueden generar dependencia (Cataluña). Ley 5/2001, de 17 de octubre, sobre drogodependencias y otras adicciones (La Rioja). Ley 4/2005, de 29 de abril, sobre drogodependencias y otras adicciones (Islas Baleares). Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos (Madrid). Ley 11/1996, de 19 de diciembre, de creación de la Agencia Antidroga (Madrid). Ley 18/1988, de 25 de junio, sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias (País Vasco).

33. Ley 1/1996, de 14 de mayo, de salud mental de Cantabria. Ley Foral 6/2003, de 14 de febrero, de prevención del consumo de tabaco, de protección del aire respirable y de la promoción de la salud en relación al tabaco (Navarra).

34. Ley 5/1986, de 17 de noviembre, de salud escolar (Aragón). Ley de 15 de octubre del 1984, de salud escolar para el Principado de Asturias. Ley 2/1990, de 26 de abril, de salud escolar (Extremadura). Ley 7/1982, de 30 de junio, de salud escolar (País Vasco). Ley 8/2008, de 20 de junio, de la Generalitat, de los derechos de salud de niños y adolescentes.

35. Ley 2/1988, de 4 de abril, de servicios sociales de Andalucía. Ley 5/2009, de 30 de junio, de servicios sociales de Aragón. Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales (Asturias). Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales (Cantabria). Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de acción social y servicios sociales (Castilla y León). Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales (Cataluña). Ley 5/1997, de 25 de junio, mediante la que se regula el sistema de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Ley 5/1987, de 23 de abril, de servicios sociales (Extremadura). Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia. Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de Islas Baleares. Ley 9/1987, de 28 de abril, de servicios sociales (Islas Canarias). Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de servicios sociales riojanos. Ley 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales (Comunidad de Madrid). Ley 3/2003, de 10 de abril, del sistema de servicios sociales (Murcia). Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales (Navarra). Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales (País Vasco).

36. Ley 7/2001, de 12 de julio, del voluntariado (Andalucía). Ley 9/1992, de 7 de octubre, del voluntariado social (Aragón). Ley 10/2001, de 12 de noviembre, del voluntariado (Asturias). Ley 8/2006, de 10 de octubre, del voluntariado en Castilla y León. Ley 4/2001, de 19 de junio, de voluntariado (Comunidad Valenciana). Ley 3/1998, de 18 de mayo del voluntariado de las Islas Baleares. Ley 5/2004, de 22 de octubre, del voluntariado (Murcia). Ley Foral 2/1998, de 27 de marzo, del voluntariado (Navarra). Ley 17/1998, de 25 de junio, de voluntariado (País Vasco).

37. Ley 4/1987, de 25 de marzo, de ordenación de la acción social (Aragón). Ley 3/2009, de 27 de noviembre, de creación del Instituto Cántabro de Servicios Sociales (Cantabria). Ley 5/1992, de 27 de mayo, de acción social (Cantabria). Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León. Ley 16/1996, de 27 de noviembre, reguladora de las actuaciones inspectoras y de control en materia de servicios sociales (Cataluña). Ley 4/1994, de 20 de abril, de administración institucional, de descentralización, de desconcentración y de coordinación del sistema catalán de servicios sociales. Ley 1/2007, de 5 de febrero, de la Generalitat, por la cual se regulan las empresas de inserción para fomentar la inclusión social en la Comunidad Valenciana. Ley 9/1991, de 2 de octubre, gallega de medidas básicas por la inserción social. Ley 4/1999, de 31 de marzo, reguladora de la función inspectora y sancionadora en materia de servicios sociales (Islas Baleares). Ley 3/2007, de 1 de marzo, de calidad de los servicios sociales (La Rioja). Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de ordenación de la actividad de los centros y servicios de acción social y mejora de la calidad en la prestación de los servicios sociales (Comunidad de Madrid).

38. Ley 4/2005, de 28 de octubre, de salario social básico (Asturias). Ley 6/1991, de 5 de abril, de ingreso mínimo de inserción. Ley 7/2010, de 30 de agosto, por la que se regula la renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León. Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico (Cataluña). Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas (Cataluña). Ley 10/1997, de 3 de julio, de la renta mínima de inserción (Cataluña). Ley 9/2007, de 12 de marzo, de la Generalitat, de renta garantizada de ciudadanía de la Comunidad Valenciana. Ley 3/2007, de 16 de marzo, de renta básica de inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Ley Foral 11/2003, de 7 de marzo, de ayudas extraordinarias a las pensiones de viudedad (Navarra). Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la garantía de ingresos y para la inclusión social (País Vasco).

39. Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía. Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León. Ley 18/2007, del 28 de diciembre, del derecho a la vivienda (Cataluña). Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana. Ley 3/2001, de 26 de abril, de la calidad, promoción y acceso a la vivienda (Extremadura). Ley 18/2008, de 29 de diciembre, de vivienda de Galicia. Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias. Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda de la Comunidad Autónoma riojana. Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra.

40. Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda de protección oficial y el suelo. Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda Protegida (Aragón). Ley 2/2009, de 14 de mayo, de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo por la cual se modifica el Texto Refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad pública (Castilla La Mancha). Ley 2/2002, del 14 de marzo, de urbanismo, para el fomento de la vivienda assequible, de la sostenibilidad territorial y de la autonomía local (Cataluña). Ley 5/2008, de 14 de mayo, de actuaciones urgentes destinadas a la obtención de suelo para viviendas de protección pública (Balears). Ley Foral 8/2004, de 24 de junio, de protección pública de la vivienda en Navarra. Ley 6/1997, de 8 de enero, de protección pública a la vivienda de la Comunidad de Madrid.

41. Ley 1/2007, de 7 de marzo, de medidas de apoyo a las familias de Castilla y León. Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias (Cataluña). Ley 6/2009, de 30 de junio, de protección de la maternidad (Comunidad Valenciana). Ley 11/2009, de 1 de diciembre, de maternidad (Múrcia). Ley Foral 20/2003, de 25 de marzo, de familias numerosas (Navarra). Ley 13/2008, de 12 de diciembre, de apoyo a las familias (País Vasco).

42. Ley 1/1993, de 19 de febrero, de medidas básicas de inserción y normalización social (Aragón).

43. Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía. Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección a las personas en situación de dependencia (Cantabria).

44. Ley 5/1998, de 23 de noviembre, relativa al uso en Andalucía de perros guía por personas con disfunciones visuales. Ley 3/1997, de 7 de abril, de Promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas, de transportes y de la comunicación. (Aragón). Ley 5/1995, de 6 de abril, de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras (Asturias). Ley 3/1996, de 24 de septiembre, sobre accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas y de la comunicación (Cantabria). Ley 1/1994, de 24 de mayo, de accesibilidad y eliminación de barreras en Castilla-La Mancha. Ley 19/2009, de 26 de noviembre, de acceso al entorno de las personas acompañadas de perros de asistencia (Cataluña). Ley 20/1991, de 25 de noviembre, de promoción de la accesibilidad y de supresión de barreras arquitectónicas (Cataluña). Ley 17/2010, de 3 de junio, de la lengua de signos catalana. Ley 9/2009, de 20 de noviembre, de accesibilidad universal del sistema de transportes de la Comunidad Valenciana. Ley 12/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre perros de asistencia para personas con discapacitado (Comunidad Valenciana). Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el estatuto de las personas con discapacidad (Comunidad Valenciana). Ley 8/1997, de 18 de junio, de Promoción de la accesibilidad en Extremadura. Ley 5/1994, de 19 de julio, se supresión de barreras arquitectónicas y promoción de la accesibilidad (La Rioja). Ley 1/2000, de perros guías acompañantes de personas con deficiencia visual (La Rioja). Ley 10/2003, de 26 de diciembre, sobre el acceso en el entorno de las personas con discapacitados acompañadas de perros de asistencia (Galicia). Ley 5/1999, de 31 de marzo, de perros guía (Balears). Ley 3/1993, de 4 de mayo, de accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas (Balears). Ley 1/2009, de 15 de junio, de creación de la comisión no legislativa por las políticas integrales de la discapacidad (Comunidad de Madrid). Ley 23/1998, de 21 de diciembre, sobre el acceso de las personas ciegas o con deficiencia visual usuarias de perro guía (Comunidad de Madrid). Ley Foral 4/1988, de 11 de julio, sobre barreras físicas y sensoriales (Navarra). Ley Foral 5/2010, de 6 de abril, de accesibilidad universal y diseño para todas las personas (Navarra). Ley 10/2007, de 29 de junio, sobre perros de asistencia para la atención a personas con discapacidad (País Vasco). Ley 20/1997, de 4 de diciembre, por la promoción de la accesibilidad (País Vasco).

45. Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores (Andalucía). Ley 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y atención al anciano (Asturias). Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León. Ley 11/2001, de 13 de julio, de acogida familiar para personas mayores (Cataluña). Ley 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica (Extremadura). Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogida familiar de personas mayores (Navarra).

46. Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (Andalucía). Ley 8/1985, de 27 de diciembre, del Consejo de la Juventud (Andalucía). Ley 3/2007, de 21 de marzo, de juventud de Aragón. Ley 19/2001, de 4 de diciembre, del Instituto Aragonés de la Juventud (Aragón). Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en

Aragón. Ley 2/1985, de 28 de marzo, del Consejo de la Juventud de Aragón. Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor (Asturias). Ley 1/1986, de 31 de marzo, del Consejo de la Juventud del Principado de Asturias. Ley 4/2001, de 15 de octubre, del Consejo de la Juventud de Cantabria. Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y adolescencia (Cantabria). Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y a la adolescencia (Cantabria). Ley 2/2007, de 8 de marzo, del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha. Ley 1/2005, de 7 de abril, de los consejos de la juventud de Castilla-La Mancha. Ley 3/2006, de 25 de mayo, de creación del Instituto de la Juventud de Castilla y León. Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León. Ley 33/2010, del 1 de octubre, de políticas de juventud (Cataluña). Ley 14/2010, del 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (Cataluña). Ley 6/2006, de 26 de mayo, de creación de la Agencia Catalana de la Juventud (Cataluña). Ley 38/1991, de 30 de diciembre, de instalaciones destinadas a actividades con niños y jóvenes (Cataluña). Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores (Cataluña). Ley 10/1981, de 2 de diciembre, de creación del Instituto Catalán de Servicios a la Juventud (Cataluña). Ley 18/2010, de 30 de diciembre, de la Generalitat, de Juventud de la Comunidad Valenciana. Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana. Ley 1/2007, de 20 de marzo, de creación del Instituto de la Juventud de Extremadura. Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención de menores (Extremadura). Ley 13/2010, de 24 de noviembre, del Consejo de Juventud de Extremadura. Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares. Ley 10/2006, de 26 de julio, integral de la juventud (Baleares). Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores riojanos. Ley 7/2005, de 30 de junio, de juventud riojana. Ley 8/2002, de 27 de noviembre, de juventud (Madrid). Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (Madrid). Ley 6/2007, de 4 de abril, de juventud (Murcia). Ley 8/1995, de 24 de abril, de promoción y participación juvenil (Murcia). Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia. Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (Navarra). Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia (País Vasco). Ley 6/1986, de 27 de mayo, del Consejo de la Juventud de Euskadi (País Vasco).

47. Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo. Ley 9/1999, de 9 de abril, de Creación del Instituto Aragonés de Empleo. Ley 3/2005, de 8 de julio, del Servicio Público de Trabajo (Asturias). Ley 1/2003, de 18 de marzo, de creación del Servicio Cántabro de Ocupación. Ley 2/2003, de 30 de enero, del Servicio Público de Empleo de Castilla-La Mancha. Ley 10/2003, de 8 de abril, de creación del Servicio Público de Empleo de Castilla y León. Ley 23/2009, de 23 de diciembre, del Centro de Iniciativas para la Reinserción (Cataluña). Ley 27/2002, de 20 de diciembre, sobre medidas legislativas para regular las empresas de inserción sociolaboral (Cataluña). Ley 17/2002, de 5 de julio, de ordenación del sistema de ocupación y de creación del Servicio de Ocupación de Cataluña. Ley 12/2010, de 21 de julio, de medidas urgentes para agilizar el ejercicio de actividades productivas y la creación de la ocupación (Comunidad Valenciana). Ley 3/2000, de 17 de abril, por la cual se crea el Servicio Valenciano de Ocupación y Formación (Comunidad Valenciana). Ley 2/2009, de 2 de marzo, por la puesta en marcha de un plan extraordinario de apoyo a la ocupación local (Extremadura). Ley 7/2003, de 26 de marzo de inserción sociolaboral (La Rioja). Ley 2/2003, de 3 de marzo, del servicio riojano de empleo. Ley 7/2000, de 15 de junio, de creación del Servicio de Ocupación de las Islas Baleares. Ley 12/2003, de 4 de abril, del Servicio Canario de Ocupación. Ley 5/2001, de 3 de julio, de creación del Servicio Regional de Trabajo (Madrid). Ley 9/2002, de 11 de noviembre, de creación del Servicio Regional de Trabajo y Formación (Murcia).

48. Ley 10/2006, de 26 de diciembre, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. Ley 4/2004, de 30 de noviembre, del Instituto Asturiano de Prevención de Riesgos Laborales. Ley 10/2010, de 21 de octubre, de promoción de la seguridad y salud en el trabajo en Castilla-La Mancha. Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña. Ley 2/2004, de 28 de mayo, de la Generalitat, de creación del Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo (Comunidad Valenciana). Ley Foral 9/1999, de 6 de abril, por una Carta de Derechos Sociales (Navarra). Ley Foral 6/1999, de 16 de marzo, de medidas públicas de apoyo a la implantación de la jornada laboral de treinta y cinco horas y de reducción y reordenación del tiempo de trabajo (Navarra). Ley 10/1997, de 27 de junio, de modificación de la Ley de creación del Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales.

49. Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León. Ley 9/1993, de 2 de abril, de la Generalitat, para la igualdad entre mujeres y hombres (Comunidad Valenciana). Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia. Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer (Baleares). Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres. Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de derechos de las personas transexuales (Navarra). Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Navarra). Ley 4/2005, de 18 de febrero, por la igualdad entre mujeres y hombres (País Vasco).

50. Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género (Andalucía). Ley 4/2007, de 22 de marzo, de prevención y protección integral a las mujeres víctimas de violencia en Aragón. Ley 1/2004, de abril, de la prevención contra la violencia de las mujeres y la protección a sus víctimas (Cantabria). Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de maltratos y de protección de las mujeres maltratadas (Castilla-La Mancha). Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León. Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (Cataluña). Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género (Canarias). Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género (Comunidad de Madrid). Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia. Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista (Navarra).

51. Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía. Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón. Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los consumidores y usuarios (Asturias). Ley 1/2006, de 7 de marzo, de defensa de los consumidores y usuarios (Cantabria). Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del estatuto del consumidor (Castilla-La Mancha). Ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la defensa de los consumidores y usuarios de Castilla y León. Ley 22/2010, del 20 de julio, del código de consumo de Cataluña. Ley 3/1993, de 5 de marzo, del estatuto del consumidor (Cataluña). Ley 2/1987, de 9 de abril, de estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana. Ley 6/2001, de 24 de mayo, del estatuto de los consumidores (Extremadura). Ley 12/1984, de 28 de diciembre, del estatuto gallego del consumidor y usuario. Ley 1/1998, de 10 de marzo, del estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Ley 3/2003, de 12 de febrero, del estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias. Ley 8.416, del 23/10/2008, de defensa del consumidor (La Rioja). Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid. Ley 4/1996, de 14 de junio, del estatuto de los consumidores y usuarios de la Región de Murcia. Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de defensa de los consumidores y usuarios (Navarra). Ley 6/2003, de 22 de diciembre, del estatuto de las personas consumidoras y usuarias (País Vasco).

52. V. Farreres Comella: “Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CPC, Madrid, 2006, pp. 23-24.

53. L.M. Díez Picazo: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, p. 71.

54. P. Biglino Campos: “Los espejismos de la tabla de derechos”, en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CPC, Madrid, 2006, p. 58.

55. Ya se señaló en M.A. Aparicio Pérez y M. Barceló i Serramalera: “Los derechos públicos estatutarios”. M.A. Aparicio Pérez (ed.): *Derechos y principios en los Estatutos de autonomía*. Barcelona: Atelier, 2008; pp. 13-35.

## **RESUMEN**

En las declaraciones de derechos económicos y sociales es habitual encontrar normas de protección de determinadas categorías de personas especialmente vulnerables. Se trata de tipos de normas muy diversos: reconocimiento de derechos específicos, principios orientadores y mandatos a los poderes públicos y normas de Derecho Antidiscriminatorio. En este trabajo se expone una panorámica de estas normas en Derecho internacional, europeo y español (estatal y autonómico) con referencia a tres categorías: niños, niñas y adolescentes; personas mayores y personas con discapacidad. En la evolución normativa de los últimos años puede observarse el tránsito desde una regulación preferentemente protectora y prestacional a otra que, sin olvidar esa faceta, incide en el concepto de integración y que persigue la eliminación de toda forma de discriminación de las personas especialmente vulnerables, el pleno disfrute de sus derechos y su participación efectiva en la vida social, política, económica y cultural.

## **PALABRAS CLAVE**

PERSONAS VULNERABLES, DISCRIMINACIÓN, PROTECCIÓN, INTEGRACIÓN

## **ABSTRACT**

In declarations of economic and social rights it is common to find regulations concerning the protection of certain categories of particularly vulnerable individuals. This includes very diverse types of regulations: the recognition of specific rights, guiding principles and mandates for public authorities, and regulations in Anti-discrimination Law. This paper provides an overview of these regulations in International and European Law, as well as in Spanish Law (state and regional), with reference to three categories: children and adolescents, the elderly and people with disabilities. Regulatory developments in recent years reflect the transition from preferably protective, benefits based regulations to ones that, while not neglecting that aspect, have a bearing on the concept of integration and pursue the elimination of all forms of discrimination against particularly vulnerable people, as well as the full enjoyment of their rights and their effective participation in social, political, economic and cultural life.

## **KEY WORDS**

VULNERABLE PEOPLE, DISCRIMINATION, PROTECTION, INTEGRATION

# LA PROTECCIÓN DE CATEGORÍAS DE PERSONAS ESPECIALMENTE VULNERABLES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Encarna Carmona Cuenca

Profesora Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Alcalá

**Sumario:** 1. Las categorías de personas especialmente vulnerables. 2. Derecho internacional y europeo. A. El Derecho internacional. a) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. b) Otros documentos internacionales. B. El Derecho europeo. a) El Convenio Europeo de Derechos Humanos. b) La Carta Social Europea. c) El Derecho de la Unión Europea. 3. Derecho Español. A. La protección de la infancia y la adolescencia. a) La Constitución. b) La legislación estatal de desarrollo. c) Los Estatutos de Autonomía y la legislación autonómica. B. La protección de las personas mayores. a) La Constitución. b) La legislación estatal de desarrollo. c) Los Estatutos de Autonomía y la legislación autonómica. C. La protección de las personas con discapacidad. a) La Constitución. b) La legislación estatal de desarrollo. c) Los Estatutos de Autonomía y la legislación autonómica. 4. A modo de conclusión.

## 1. LAS CATEGORÍAS DE PERSONAS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Es habitual en las declaraciones de derechos que contienen el reconocimiento de derechos económicos y sociales la existencia de normas que imponen a los poderes públicos la obligación de proteger especialmente a determinadas categorías de personas en situación de vulnerabilidad. Es difícil definir de forma exhaustiva cuáles son estas categorías de personas especialmente vulnerables puesto que, dependiendo de las circunstancias de cada país o momento histórico concreto, estas categorías serán distintas. Así, se ha hablado de “grupos

vulnerables”<sup>1</sup> aunque, en puridad, no se trata de grupos, sino de categorías de personas y se han incluido los niños, niñas y adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidad, los inmigrantes, los refugiados, los trabajadores, los analfabetos, las personas en riesgo de exclusión<sup>2</sup>, etc.

Sobre el concepto de “vulnerabilidad”, Fernando Mariño nos recuerda que todos los seres humanos son vulnerables. Pero cuando un tratado internacional o normativa estatal pretende proteger a una determinada categoría de personas de lo que se está hablando es de una situación de “especial vulnerabilidad”; esto es, de ciertos colectivos humanos diferenciados que en cualquier tipo de sociedad encuentran

obstáculos sociales y jurídicos, graves y específicos, que les impiden alcanzar y ostentar la titularidad de un elenco de derechos y una amplitud y profundidad en su goce equivalente a los que poseen los ciudadanos que no forman parte de esos colectivos<sup>3</sup>.

Aunque es cierto que algunas Declaraciones internacionales y nacionales incluyen normas de protección de las mujeres, no es adecuado incluir a las mujeres entre las categorías de personas vulnerables, al menos no con carácter general<sup>4</sup>. Las mujeres representan la mitad de la Humanidad y, por sus condiciones biológicas y físicas, no hay razón para considerarlas personas vulnerables. El problema es que históricamente han sido víctimas de una situación de discriminación social y cultural. El patriarcado dominante durante milenios<sup>5</sup> y aún vigente en muchas sociedades del mundo las ha relegado a los ámbitos de la vida privada y familiar, sin permitirles acceder a la educación y a la vida social y pública y sin concederles la posibilidad de controlar su propia vida.

Pero esta problemática es distinta. Es preciso abordarla desde la perspectiva del denominado Derecho Antidiscriminatorio<sup>6</sup>, rama del ordenamiento que establece una serie de normas para evitar y sancionar las discriminaciones, en particular, las basadas en una serie de razones: raza, género, religión, convicciones políticas, nacimiento, edad, orientación sexual, etc.

En este trabajo nos centraremos en ciertas categorías de personas que, por sus condiciones biológicas y físicas, son vulnerables y es previsible que lo sigan siendo en cualquier tipo de sociedad y momento histórico. Esta razón justifica que se dicten normas de protección en el Derecho Internacional y en los ordenamientos nacionales. Podría incluirse a las mujeres en un momento muy concreto de sus vidas, como es la maternidad (y así lo hacen las Declaraciones de Derechos). En el momento de gestar y criar a un hijo o hija las mujeres pueden encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad y necesidad de protección.

La percepción por una sociedad humana de que una categoría determinada de personas es

“especialmente vulnerable” incluye dos afirmaciones implícitas: a) La de que determinados intereses de esas personas ya han sido o están siendo vulnerados o se encuentran en riesgo de serlo y que tales vulneraciones deben terminar y, en cualquier caso, deben ser prevenidas e impedidas; y b) la de que la especial debilidad e indefensión en que se halla esa categoría de personas exige la adopción de normas y técnicas jurídicas protectoras específicas.

La protección específica que se considera adecuada a la dignidad de las personas pertenecientes a las mencionadas categorías se dirige a eliminar situaciones de sometimiento o dominación, explotación, discriminación o, en términos de participación social, marginación o incluso exclusión de la sociedad en la que viven<sup>7</sup>.

Para ello, las técnicas jurídicas utilizadas son diversas. Pueden consistir en la creación de nuevas y adicionales garantías de protección de los derechos que las personas especialmente vulnerables poseen en la misma medida que el resto de la ciudadanía (Defensor del Menor, Comisario para la protección de las minorías, etc.). O bien puede tratarse de atribuir nuevos y específicos derechos, que se añaden a los que ya poseen por su condición de ciudadanos y ciudadanas, con la finalidad de que la situación de especial vulnerabilidad desaparezca progresivamente. También es común establecer especiales obligaciones de protección por parte de los poderes públicos o fijar principios orientadores de la actividad pública. Por fin, es habitual que estas regulaciones incluyan algunas normas típicas del Derecho Antidiscriminatorio, como son las prohibiciones de discriminación (directas e indirectas) basadas en determinadas características humanas que califiquen a estas categorías de personas, el mandato de igualdad de trato e igualdad de oportunidades o las medidas de acción positiva, entre otras.

Al estudiar las distintas normativas de protección de categorías de personas especialmente vulnerables, podremos observar una evolución desde una concepción más prestacional, que incardina estas normas en las declaraciones

de derechos sociales, hasta una regulación más actual, que tiene más que ver con el Derecho Antidiscriminatorio. Sin embargo, en la mayor parte de estas regulaciones aparecen mezclados los diversos tipos de normas, que son objeto de garantías muy distintas. Este hecho se traduce en un panorama en ocasiones confuso, que no contribuye a la juridicidad de las normas en cuestión.

Por razones de economía y estructura, en este trabajo me centraré en tres categorías de personas especialmente vulnerables: los niños, niñas y adolescentes, las personas mayores y las personas con discapacidad. En cualquier tipo de sociedad estas personas necesitarán una protección especial de los poderes públicos. Pero, para analizar las normas sobre esta materia en el ordenamiento español, será preciso hacer referencia a los tratados y convenios internacionales firmados y ratificados por España pues, como establece el art. 10.2 de la Constitución española (CE), aquellas deben ser interpretadas de conformidad a estos documentos.

## 2. DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO

### A. EL DERECHO INTERNACIONAL

#### a) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 27 de abril de 1977, es la norma internacional más importante sobre derechos sociales. Junto al reconocimiento de determinados derechos sociales clásicos como el derecho a unas condiciones equitativas de trabajo, a un salario digno, a sindicarse libremente, a la huelga, a la protección de la salud, a la educación, etc., contiene unas normas que establecen la obligación de proteger especialmente a la familia (art. 10.1) y a las madres (art. 10.2) y, por lo que ahora nos interesa, también a los niños y adolescentes (art. 10.3):

“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal será sancionado por la Ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la Ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

#### b) Otros documentos internacionales

En el seno de las diferentes organizaciones internacionales (ONU, OIT, UNESCO, OMS, FAO...) se han dictado numerosas normas de protección de las personas especialmente vulnerables: tanto Convenios específicos como otro tipo de resoluciones que constituyen lo que se ha dado en llamar *soft law*, o disposiciones sin carácter jurídico vinculante que, sin embargo, despliegan cierta influencia en los ordenamientos jurídicos internos<sup>8</sup>. En este lugar, me referiré a los Convenios internacionales más importantes de protección de los niños y niñas, las personas mayores y las personas con discapacidad.

Sobre la protección de la infancia, el primer texto reseñable es la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Pero este texto ha quedado desplazado por la Convención sobre los Derechos del Niño (CNUDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Esta Convención es el texto internacional más ratificado a nivel mundial y es considerado hoy el documento básico de protección de los derechos de los niños y niñas. Contiene dos elementos de gran importancia. En primer lugar, recoge una definición de niño, entendiéndolo por tal “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad”. Y, en segundo lugar, el art. 3 enuncia el principio fundamental sobre el que debe asentarse la

protección de los menores: el “interés superior del niño”.

Por lo que se refiere a protección de las personas mayores, no existe hasta el momento un Convenio internacional equivalente. Hay que acudir al artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que incluye la vejez entre las situaciones que requieren prestaciones propias de un sistema de Seguridad Social:

“Todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar propio y de su familia, incluyendo comida, ropa, hogar y atención médica y servicios sociales necesarios, y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, edad avanzada o cualquier otra carencia en circunstancias ajenas a su voluntad”.

La especial protección que se prevé en los tratados internacionales para las personas mayores se refiere a la prestación de pensiones adecuadas. En el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cabe destacar el Convenio (102) de la OIT sobre Seguridad Social de 1952<sup>10</sup>. De acuerdo con el artículo 25 del mismo, “todo miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez”<sup>11</sup>.

También con referencia la protección de las personas de edad avanzada, es interesante aludir al Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, que se celebró en Madrid, del 8 al 12 de abril de 2002. El artículo 13 de dicho Informe destaca “la responsabilidad primordial de los gobiernos de promover y prestar servicios sociales básicos y de facilitar el acceso a ellos, teniendo presentes las necesidades específicas de las personas de edad”. Entre esos servicios básicos sobresale el de salud, y a tal fin la Asamblea se compromete “a proporcionar a las personas de edad acceso universal y en condiciones de igualdad a la atención médica y los servicios de salud, tanto servicios de salud física como mental”.

El Informe contiene un Anexo II que incluye el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. En dicho Plan se establece una serie de objetivos (con sus

correspondientes medidas) entre los que pueden destacarse los que se refieren la seguridad social, pensiones, protección de la salud, participación de las personas mayores en la toma de decisiones a todos los niveles, igualdad de oportunidades para los que deseen trabajar, etc.

Con relación a la protección de las personas con discapacidad existen varios textos internacionales. El 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De forma paralela, se aprobó un Protocolo Adicional que permite que el Comité creado por la Convención reciba peticiones individuales relacionadas con la violación de los derechos establecidos en la misma por los Estados parte que ratifiquen tanto la Convención como el Protocolo<sup>12</sup>.

Antes de la aprobación de esta importante Convención, existían otros documentos de *soft law* sobre protección de personas con discapacidad en el ámbito de Naciones Unidas como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971), la Declaración de Derechos de los Impedidos (1975), el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (1982) y las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993), revisadas en varias ocasiones.

Si comparamos la Convención de 2006 con las normas anteriores, podemos observar que aquella no constituye una ruptura sino un instrumento que mantiene la orientación marcada por el Plan de Acción Mundial y las Normas Uniformes. Sin embargo, no cita ni siquiera como antecedentes las Declaraciones de 1971 y 1975.

La Convención de 2006 adopta un concepto de “persona con discapacidad” que mantiene un cierto compromiso entre el modelo médico-prestacional (se habla de “deficiencias”) y el modelo social (se habla de barreras a la participación efectiva en la sociedad).

Pero tanto el diagnóstico como las soluciones normativas de la Convención son clara-

mente tributarias del llamado “modelo social de la discapacidad”, que incide en la eliminación de obstáculos y el fomento de la participación social de las personas con discapacidad. Por una parte, la Convención señala el vínculo entre barreras sociales, exclusión y vulneración o limitaciones al pleno goce o ejercicio de derechos. Y, por otra parte, establece como finalidades y como obligaciones para los Estados la eliminación de barreras para hacer posible el ejercicio de derechos y la participación efectiva de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad.

Otra característica de la Convención de 2006 es que prevé la participación de las organizaciones de personas con discapacidad en la propuesta, discusión, adopción y fiscalización de las decisiones y medidas que les concierne<sup>13</sup>.

## B. EL DERECHO EUROPEO

### a) El Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 en el marco del Consejo de Europa y ratificado por España el 4 de octubre de 1979, es, básicamente, una declaración de derechos civiles y políticos, dejando al margen deliberadamente los derechos sociales. No contiene, por ello, normas específicas de protección de categorías de personas especialmente vulnerables, salvo algunos preceptos que se refieren a los extranjeros (art. 4 del Protocolo Núm. 4 que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros).

A pesar de ello, y como pone de manifiesto Luis Jimena Quesada<sup>14</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llevado a cabo una protección de las categorías de personas especialmente vulnerables en algunas de sus Sentencias. Así, ha protegido a los menores negando la licitud de los castigos corporales en la escuela, aplicando el art. 3 CEDH (Caso Tyrer

contra Reino Unido de 25 de abril de 1978) o en la familia (Caso Z. y otros contra Reino Unido de 10 de mayo de 2001). También con relación a los menores, ha establecido la protección de la infancia como límite a la libertad de expresión de los medios de comunicación reconocida en el art. 10 CEDH (Caso Handyside contra Reino Unido de 29 de abril y Von Hannover contra Alemania de 24 de junio de 2004). Con relación a las personas con discapacidad, puede destacarse el Caso Vincent contra Francia, de 24 de octubre de 2006, en el que el Tribunal entendió que había habido violación del derecho a no ser sometido a un trato degradante (art. 3 CEDH) como consecuencia de las condiciones de detención de personas con discapacidad.

En estos casos el Tribunal ha protegido a personas individuales, no ha argumentado utilizando el concepto de categorías de personas especialmente vulnerables pero, de hecho, ha tenido en cuenta las especiales características de las víctimas y su indefensión a la hora de entender producida la vulneración de los derechos.

### b) La Carta Social Europea

La Carta Social Europea (CSE) fue hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, también en el marco del Consejo de Europa, y fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980. El 3 de mayo de 1996 se aprobó en Estrasburgo una Carta Social Europea revisada que incorpora en un solo instrumento todos los derechos garantizados por la Carta de 1961 y el Protocolo adicional de 1988 y adiciona otros nuevos además de reformar varios de sus preceptos. Se prevé que reemplace gradualmente el Tratado de 1961. Entró en vigor de forma general el 1 de julio de 1999, tras concluir la ratificación por tres Estados parte. Sin embargo, y si bien España firmó el nuevo Tratado el 23 de octubre de 2000, hasta la fecha no ha depositado el instrumento de ratificación y, por tanto, no es de aplicación en nuestro país.

En el marco del Consejo de Europa se reproduce la situación de las Declaraciones de

Derechos de Naciones Unidas<sup>15</sup>. Se reconocen separadamente los derechos civiles y políticos (en el Convenio Europeo al que se ha hecho referencia) y los derechos económicos y sociales, en la Carta Social Europea, y se dota a éstos de una protección de menor intensidad.

En la Carta Social Europea se reconocen ampliamente los derechos de los trabajadores a unas condiciones de trabajo equitativas y otros derechos sociales como el derecho a la protección de la salud, a la educación y formación profesional y a la seguridad social y asistencia social. Pero si algo distingue a este instrumento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es la mayor amplitud con que establece normas de protección de categorías de personas especialmente vulnerables.

En el apartado 7 de la Parte I se reconoce el derecho de los niños y adolescentes “a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que están expuestos”. Esta norma es desarrollada en el art. 7 de la Parte II en el que, en 10 apartados, se establecen diversas obligaciones de los Estados parte relativas, fundamentalmente, a la prohibición de trabajo de los menores de quince años y a la fijación de unas condiciones de trabajo especialmente favorable para los menores de dieciséis y dieciocho años. En la Carta Social Europea revisada, estas condiciones de trabajo especialmente favorables se extienden a todos los trabajadores menores de dieciocho años.

Esta protección de la infancia se completa con lo establecido en el apartado 17 de la Parte I que dispone lo siguiente: “La madre y el niño, independientemente de la situación matrimonial y de las relaciones de familia, tienen derecho a una adecuada protección social y económica”. Esta norma se completa con lo establecido en el art. 17 de la Parte II que prevé la obligación de las Partes Contratantes de adoptar cuantas medidas fueren necesarias y adecuadas para lograr esa protección, “incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados. En la Carta Social Europea revisada se regula la protección de los “niños y adolescentes” con mayor amplitud

(art. 17) incluyendo las obligaciones de los Estados Partes de garantizarles los cuidados, asistencia, educación y formación que necesiten, especialmente a los niños que se vean privados del apoyo de su familia, así como la obligación de los Estados de proteger a los menores de la violencia.

La protección de las personas mayores se contempla en el art. 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 5 de mayo de 1998, ratificado por España el 24 de enero de 2000, que establece la obligación de los Estados Parte de garantizar la protección de las personas de edad avanzada con la finalidad de que mantengan el mayor tiempo posible su condición de miembros de pleno derecho de la sociedad, posibilitando que dispongan de recursos suficientes para una existencia digna. Asimismo, se prevé la obligación de los Estados de poner a disposición de las personas mayores viviendas o instituciones adecuadas a sus necesidades y la asistencia médica y social que precisen<sup>16</sup>.

En cuanto a la protección de las personas con discapacidad, la Carta Social Europea establece en el apartado 15 de la Parte I que: “Toda persona inválida tiene derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, sea cual fuere el origen y la naturaleza de la invalidez”. Este precepto está desarrollado por el art. 15 de la Parte II que reconoce el “derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social”, estableciendo la obligación de las Partes Contratantes de crear instituciones que garanticen la formación profesional de las personas con discapacidad y de adoptar las medidas necesarias para proporcionarles un puesto de trabajo<sup>17</sup>.

La Carta Social Europea revisada desarrolla más ampliamente estas obligaciones de los Estados tendentes a garantizar “la autonomía, la integración social y la participación en la vida de la comunidad” de las personas con discapacidad.

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estos preceptos con ocasión de varias

Reclamaciones colectivas<sup>18</sup> relacionadas con personas especialmente vulnerables pertenecientes a las categorías que estudiamos.

Precisamente la jurisprudencia de este órgano quedó inaugurada con un asunto referente a la protección de los menores. La decisión de fondo de 9 de septiembre de 1999 sobre la Reclamación nº 1/1998 (Comisión Internacional de Juristas contra Portugal) declaró que había habido una violación del art. 7.1 CSE, disposición que prohíbe el trabajo infantil antes de los quince años. Las excepciones previstas por este precepto (los llamados “trabajos ligeros”) fueron interpretadas restrictivamente por el Comité, subrayando ya desde esta primera decisión que la Carta reconoce “derechos no teóricos, sino efectivos”, que se impone hacer realidad su “efecto útil” y que todo ello comporta unas obligaciones para los Estados.

En materia de protección de personas con discapacidad también existen varias decisiones del CEDS. Así, por ejemplo, la decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003 sobre la Reclamación nº 13/2002 presentada por la Asociación Internacional Autismo-Europa contra Francia concluyó que se había producido una violación del art. 15 (derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad) en conexión con el art. 17 (protección de los menores) y E (no discriminación) de la Carta revisada. La razón era, a juicio del CEDS, la insuficiencia de estructuras educativas y de acogida para personas con autismo, tanto niños como adultos. La decisión afirma expresamente que

“el art. 15 de la Carta revisada marca un hito en la evolución del sistema de valores que se ha ido perfilando en todos los países europeos desde hace una decena de años, de suerte que el tratamiento de las personas con discapacidad como un grupo objetivado de manera particular ha dado paso a un enfoque más preocupado por respetarlas como ciudadanos de pleno derecho” (apartado 48).

Esta importante decisión, que refleja claramente la evolución experimentada por las normas de protección de las personas con discapacidad, sigue afirmando que dicho cambio

viene reforzado por la efectividad del principio de igualdad en una sociedad democrática avanzada, en la que “no sólo hay que percibir la diversidad humana de manera positiva, sino que además debe reaccionarse de forma apropiada con el fin de garantizar una igualdad real y efectiva” (apartado 52).

### c) El Derecho de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea, hay que hacer referencia a dos importantes documentos. En primer lugar, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989. Aunque este Documento es de aceptación voluntaria por los Estados miembros, hay que recordar que inspiró Directivas como la 91/533, de 14 de octubre, o la 93/104, de 23 de noviembre<sup>19</sup>.

Los arts. 20 a 23 de este Documento se refieren a la protección de los niños y de los adolescentes, haciendo especial hincapié en el ámbito laboral. Establece la edad mínima para trabajar en los quince años y reconoce una serie de derechos a los jóvenes trabajadores, como los relativos a la formación profesional, la limitación de la jornada de trabajo de los menores de dieciocho años, la prohibición del trabajo nocturno, etc.

Los arts. 24 y 25 establecen los derechos de las personas de edad avanzada a pensiones suficientes y a una asistencia médica y social adecuadas.

Con relación a las personas con discapacidad, el art. 26 se refiere a la integración profesional y social de los “minusválidos” y, para favorecerla, a las medidas relativas a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda.

En segundo lugar, hay que referirse a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, a la que el Tratado de Lisboa otorga la misma eficacia jurídica que los Tratados (art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea -TUE).

La Carta de Niza presenta una estructura original en comparación con las estructuras tradicionales de las constituciones nacionales y de los tratados que contienen declaraciones de derechos. No se hacen distinciones expresas entre derechos civiles y políticos y derechos sociales. Tampoco entre derechos exigibles directa e inmediatamente y derechos que precisan un desarrollo legislativo para su exigibilidad jurídica. De esta forma, los derechos sociales aparecen reconocidos, al menos en apariencia, al mismo nivel que los derechos civiles y políticos.

Esta agrupación de derechos de naturaleza distinta ha sido objeto de algunas críticas, por la confusión que pueda generar sobre el contenido y exigibilidad de los derechos, pero también ha sido alabada por algunos autores porque puede constituir un impulso en el incremento de la vinculación jurídica de los derechos sociales<sup>20</sup>. La cuestión más importante que suscitan los derechos sociales se refiere a su eficacia jurídica. Se trataría de precisar si se diferencian del resto de los derechos reconocidos en dicho documento en cuanto a su exigibilidad directa e inmediata ante los órganos judiciales. Pues bien, la interpretación mayoritaria concluye que la mayoría de estos derechos sociales no generan una vinculación para los poderes públicos mayor a la que han venido generando en las constituciones estatales o en las declaraciones internacionales<sup>21</sup>.

La Carta de Niza agrupa los derechos fundamentales reconocidos en seis Títulos (Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia). Los derechos de las personas especialmente vulnerables vienen recogidos en el Título III, bajo la rúbrica “Igualdad” –lo que refleja la evolución en la concepción de estas normas que estamos estudiando- y después del reconocimiento del principio de igualdad ante la ley, prohibición de discriminación e igualdad entre hombres y mujeres.

De esta forma, el art. 24 CDFUE reconoce los “derechos del niño” y, en concreto, los derechos a la protección y cuidados necesarios para su bienestar, a expresar sus opiniones y que sean tenidas en cuenta en los asuntos que

les afecten y a mantener contactos periódicos con su padre y su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses, que se consideran primordiales (apartado 2).

El art. 25 CDFUE enuncia los “derechos de las personas mayores” y, particularmente, a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

El art. 26 CDFUE reconoce el “derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

Además de estos Documentos, cabe hacer referencia a otros textos del Derecho de la Unión Europea sobre protección de estas categorías de personas vulnerables que estamos estudiando.

Así, con relación a la protección de los menores, hay que mencionar el art. 3.3 TUE, en la redacción dada por el Tratado de Lisboa de 2007, que se refiere a la protección de los derechos del niño. Y sobre materias más específicas, y teniendo en cuenta las competencias que los arts. 81 y siguientes y 165 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) atribuyen a la Unión Europea, se han adoptado diversas normas que fomentan la cooperación judicial en materia civil entre los Estados miembros y que afectan, con esta lógica, a los menores de edad<sup>22</sup>, así como la Directiva 94/33/CE, del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

Por lo que se refiere a la protección de las personas mayores, cabe hacer referencia al principio de solidaridad entre las generaciones establecido en el artículo 3.3 TUE. Aunque ya en 1990 el Consejo de las Comunidades Europeas dictó una Decisión sobre acciones a favor de las personas de edad avanzada (91/49/CEE), en la que se fijan como prioridades el intercambio de información sobre las medidas para mejorar la movilidad de las personas ancianas y su capacidad para llevar una vida independiente<sup>23</sup>.

En cuanto a la normativa específica sobre las personas con discapacidad, la Unión Europea ha dictado fundamentalmente normas sobre la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad. Así, el art. 19 TFUE, en su redacción dada por el Tratado de Lisboa, establece que el Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo, “podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Es reseñable también la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Se trata de una Directiva socio-laboral que prohíbe toda forma de discriminación en materia de acceso al empleo o profesión, promoción o formación profesional; condiciones de empleo y trabajo y que afecta de manera directa e importante a las personas con discapacidad.

Y en diciembre de 2007, coincidiendo con el Día Europeo de las Personas con Discapacidad, se presentaron en Bruselas a través de una comunicación de la Comisión las prioridades del Plan de Acción Europeo en materia de discapacidad. Entre estas prioridades pueden citarse el fomento de la accesibilidad al mercado de trabajo, la mejora de la accesibilidad de bienes, servicios e infraestructuras, la mejora de la capacidad analítica sobre esta materia y la implementación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se traducirá en una nueva legislación anti-discriminación más allá del mercado de trabajo<sup>24</sup>.

En el marco de la Unión Europea se ha elaborado también la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, que combina la prohibición de discriminación, la igualdad de oportunidades y la inclusión activa<sup>25</sup>. Pretende garantizar el pleno disfrute de los derechos reconocidos en la mencionada Convención de Naciones Unidas de 2006.

Por fin, el 2 de julio de 2008 la Comisión Europea presentó una nueva propuesta de Directiva sobre la lucha contra la discriminación más allá del empleo. Se trata de una Directiva de carácter transversal que incluye una prohibición general de discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual<sup>26</sup>. Por lo que se refiere a las personas con discapacidad, la propuesta impone su acceso efectivo a la protección social, los beneficios sociales, la asistencia sanitaria, la educación y los bienes y servicios y su suministro, incluida la vivienda (art. 4). El texto de esta propuesta es un ejemplo de combinación de normas de protección de determinadas categorías de personas con normas de Derecho Antidiscriminatorio, lo que puede dar lugar a cierta confusión.

Así, en los Considerandos iniciales de la propuesta de Directiva parece que se hace referencia a las medidas de acción positiva para conseguir la igualdad real y efectiva. Allí se establece que:

“La prohibición de la discriminación debe entenderse sin perjuicio de que los Estados miembros mantengan o adopten medidas destinadas a evitar o compensar situaciones de desventaja sufridas por un grupo de personas de una cierta religión o convicciones, con discapacidad, o bien con una edad u orientación sexual determinadas” (Considerando 21).

### 3. DERECHO ESPAÑOL

#### A. LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

##### a) La Constitución

La primera norma a la que hay que referirse en Derecho español es la Constitución española de 1978 (CE) y, en concreto, su declaración de derechos. La protección de la infancia se incluye entre los Principios Rectores de la Política Social y Económica, ubicados en el Capítulo III del Título I. Esta situación parece dotar de menor eficacia a los preceptos que contiene, entre los que se encuentran la mayor parte de los derechos sociales, pues el art. 53.3 CE establece que “sólo podrán ser alegados ante la

Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Esta cuestión de la eficacia jurídica del contenido del Capítulo III del Título I de la Constitución ha sido objeto de una extensa bibliografía que no puedo reproducir aquí<sup>27</sup>. Tan sólo hay que recordar que, según interpretación extendida, no existe una prohibición de alegación de dichas normas ante los tribunales ni tampoco de que los tribunales las utilicen en sus resoluciones. Muy al contrario, según ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, los Principios Rectores han de ser tenidos en cuenta en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes (SSTC 19/1982, de 5 de mayo; 15/1989, de 26 de enero, o 14/1992, de 10 de febrero); son normas de obligan al legislador (STC 172/1989, de 19 de octubre) y al conjunto de los poderes públicos (STC 83/1984, de 24 de julio) y han de informar la práctica judicial (STC 14/1992, de 10 de febrero).

Lo que sí parece impedir el art. 53.3 CE es que de los Principios Rectores puedan derivarse directamente derechos subjetivos de prestación esgrimibles ante los tribunales sin el intermedio de una ley de desarrollo y así lo ha afirmado también el Tribunal Constitucional (SSTC 36/1991, de 14 de febrero; 14/1992, de 10 de febrero, o 199/1996, de 3 de diciembre, entre otras).

Dentro del Capítulo III, el precepto que se ocupa de la protección de la infancia es el art. 39 CE. En el apartado primero establece la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia. En el segundo prevé la protección de los hijos, sea cual sea su filiación. Se trata de una norma típica de Derecho Antidiscriminatorio (prohibición de discriminación por razón de nacimiento) que podría entenderse incluida en el art. 14 CE. También se contempla la protección de las madres sea cual sea su estado civil y se posibilita la investigación de la paternidad. El apartado tercero contiene la obligación de los padres de prestar asistencia a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio. Y, por fin, el apartado cuarto del art. 39 CE establece que “los niños gozarán de la

protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Más adelante, el art. 48 CE se refiere a la juventud en los siguientes términos: “Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”.

Otros preceptos constitucionales que contienen referencias a los niños, niñas y adolescentes son los siguientes: el art. 12, que establece la mayoría de edad a los dieciocho años; el art. 20.4, que hace referencia a la juventud y a la infancia, señalando que su protección constituye uno de los límites a la libertad de expresión e información y el art. 27, que consagra el derecho a la educación.

## b) La legislación estatal de desarrollo

Al estudiar el desarrollo de estos preceptos constitucionales, hay que tener en cuenta la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de la infancia y adolescencia. Y esta distribución de competencias gira en torno a dos elementos clave: la atribución al Estado de la competencia para desarrollar los derechos fundamentales de la Sección I del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 81.1 y 149.1.1 CE) y para legislar en materia civil, penal y procesal (art. 149.1 apartados 6 y 8) y la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias referidas a la protección y tutela de los menores desamparados y en riesgo (art. 148.1.20: “Asistencia Social”).

En virtud del título competencial atribuido al Estado, se ha dictado la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM).

La LOPJM supuso un importante cambio en la visión de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento español. Antes de esta Ley la regulación de la minoría de edad se centraba

en la función correctora de los menores que habían cometido algún ilícito penal o en la función protectora de los que se encontraban en situación de riesgo o desamparo, pero no se desarrollaban de forma generalizada los derechos fundamentales de los menores de edad más allá de lo previsto en la Constitución. La LOPJM supuso el reconocimiento de un elenco de derechos específicos de los menores, asentando así una nueva concepción de la infancia y adolescencia en nuestro ordenamiento<sup>28</sup>.

Dos son los principios básicos que inspiran la LOPJM: el interés superior del menor y la interpretación restrictiva de toda limitación de la capacidad de obrar de los menores. Y en su Título I se desarrollan algunos de los derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce específicamente a los niños, niñas y adolescentes (derechos al honor, intimidad y propia imagen; a la información; a la libertad ideológica, de expresión y de participación; derecho a ser oído en los asuntos que le afecten...).

La segunda gran norma estatal que afecta a los derechos de los menores es la LORPM, que regula los mecanismos de intervención pública sobre los menores de edad que han cometido algún ilícito penal, adaptando nuestro ordenamiento a los textos internacionales en la materia que reconocen al menor como sujeto de derechos. Prevé el aumento de edad penal desde los dieciséis hasta los dieciocho años y pretende ser una norma de carácter sancionador-educativo. Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad penal del menor y las medidas que se le impongan tendrán un carácter esencialmente educativo, haciéndose primar siempre el interés superior del menor pero, a la vez, se le reconocen todos los derechos que la Constitución reconoce a los adultos que han cometido un ilícito.

Posteriormente, la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, parece retroceder en estas intenciones de la LORPM pues agrava la responsabilidad de los menores que hayan cometido delitos de cierta gravedad, aumentando la duración de las medidas que suponen una privación de libertad, incrementando el número

de delitos que pueden ser sancionados con una medida privativa de libertad y previendo que pueda ser internado en un centro penitenciario de adultos cuando alcance la mayoría de edad<sup>29</sup>.

### c) Los Estatutos de Autonomía y la legislación autonómica

En virtud del título competencial atribuido por el art. 148.1.20 CE, la mayor parte de las Comunidades Autónomas asumieron, ya antes de las últimas reformas estatutarias, la competencia exclusiva en relación con la protección y tutela de menores y en relación con las instituciones públicas que llevan a cabo esta protección y tutela.

Igualmente, la mayoría de los Estatutos de Autonomía asumieron desde el principio la competencia de la Comunidad Autónoma respectiva en relación con la promoción de la juventud o en relación con la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

Sin embargo, merece la pena detenerse en las previsiones sobre la infancia y adolescencia de los Estatutos de Autonomía reformados en el período 2006-2007, ya que estos textos contienen unas declaraciones de derechos muy extensas y avanzadas, que incluyen derechos sociales y normas de protección de categorías de personas vulnerables siguiendo las últimas tendencias en la materia del Derecho internacional y europeo.

El problema que plantean estas declaraciones de derechos estatutarias es el de su grado de vinculación jurídica<sup>30</sup>. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 247/2007, de 12 de diciembre, (sobre el Estatuto valenciano) y 31/2010, de 28 de junio, (sobre el Estatuto catalán). Y en ellas el Tribunal ha afirmado que los Estatutos de Autonomía pueden contener declaraciones de derechos puesto que el contenido legítimo de estas normas no se limita a lo previsto en el art. 147 CE y se vincula al principio dispositivo. Ahora bien, no por ello estas declaraciones de derechos quedan sustraídas al reparto com-

petencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Por ello, los derechos estatutarios no son derechos fundamentales, ya que sólo vinculan al legislador autonómico y están materialmente vinculados a las competencias propias de la Comunidad Autónoma. El cumplimiento de ambas condiciones, reconocidas en el art. 37.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, es determinante para la constitucionalidad de los derechos estatutarios.

Según el Tribunal Constitucional, los Estatutos de Autonomía no pueden crear nuevos derechos ni contradecir los reconocidos en la Constitución ni afectar a su titularidad, regulación o condiciones de ejercicio. Aunque el Estatuto se apruebe mediante una Ley Orgánica, no puede regular el desarrollo de los derechos fundamentales, ya que su alcance territorial es limitado. El desarrollo de los derechos fundamentales sólo puede fijarse mediante Ley Orgánica estatal y respetando el contenido mínimo establecido en la Constitución. En consecuencia, los Estatutos de Autonomía tan sólo pueden reiterar lo establecido en la Constitución por lo que se refiere a los derechos fundamentales.

Concluye el Tribunal Constitucional que, salvo los conectados con el régimen lingüístico y las instituciones, los demás derechos sólo pueden entenderse como normas directivas que requieren una ley autonómica para generar verdaderos derechos subjetivos (no fundamentales).

Aún reconociendo esta limitación de su vinculación jurídica, es interesante describir brevemente las previsiones de los Estatutos de Autonomía reformados sobre la protección de la infancia y la adolescencia, que inspirarán la legislación autonómica sobre la materia.

El Estatuto de Autonomía valenciano, reformado por LO 1/2006, de 10 de abril, contiene, en su art. 10, una previsión sobre la protección integral de la familia y la protección específica y tutela social del menor y establece como obligación de la *Generalitat* la “articulación de políticas que garanticen la participa-

ción de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”.

De forma más extensa, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por LO 6/2006, de 19 de julio, contiene una doble previsión de la protección de los menores en el Capítulo dedicado a los “Derechos y deberes del ámbito civil y social” y en el Capítulo dedicado a los “Principios rectores”. En el primero, consagra el art. 17 a los “Derechos de los menores” y establece que “los menores tienen derecho a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social”.

En el segundo, dedica el art. 40 a la “Protección de las personas y de las familias” e incluye un apartado 3 del siguiente tenor:

“Los poderes públicos deben garantizar la protección de los niños, especialmente contra toda forma de explotación, abandono, malos tratos o crueldad y de la pobreza y sus efectos. En todas las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos o por instituciones privadas el interés superior del niño debe ser prioritario”.

Contiene también un apartado 4 que consagra la obligación de los poderes públicos de

“promover políticas públicas que favorezcan la emancipación de los jóvenes, facilitándoles el acceso al mundo laboral y a la vivienda para que puedan desarrollar su propio proyecto de vida y participar en igualdad de derechos y deberes en la vida social y cultural”.

El Estatuto de las Islas Baleares, reformado por LO 1/2007, de 28 de febrero, contempla, como uno de los ámbitos de actuación de las Administraciones públicas, la defensa integral de la familia, la protección específica y la tutela social del menor y la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural, todo ello en el art. 16 dedicado a los “Derechos sociales”.

El Estatuto andaluz, reformado por LO 2/2007, de 19 de marzo, dedica el art. 17 a la protección de las diversas modalidades de familia y el art. 18 (dentro del Capítulo relativo a los “Derechos y deberes”) se refiere a la protección de los menores en términos similares al art. 17 del Estatuto catalán. En el art. 37.8, in-

cluido en el Capítulo de los “Principios rectores de las políticas públicas”, contempla como uno de ellos la “integración de los jóvenes en la vida social y laboral, favoreciendo su autonomía personal”.

El Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por LO 5/2007, de 20 de abril, incluye entre los “Principios Rectores de las Políticas Públicas” la garantía de “la protección de la infancia, en especial contra toda forma de explotación, malos tratos o abandono” art. 24.e) y el favorecimiento de “la emancipación de los jóvenes, facilitando su acceso al mundo laboral y a la vivienda” (art. 24.f).

Por fin, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, reformado por LO 14/2007, de 30 de noviembre, contiene una referencia a los “Derechos de las personas menores de edad” en el art. 13.6, incluido en el Capítulo relativo a los “Derechos de los castellanos y leoneses”. El tenor literal de este precepto es el siguiente:

“Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas de Castilla y León, con prioridad presupuestaria, la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social, en los términos que se determinen normativamente”

Contiene también una referencia a “la plena integración de los jóvenes en la vida pública y en la sociedad” en el art. 16.12, ubicado en el Capítulo IV, relativo a los “Principios rectores de las políticas públicas de Castilla y León”.

En desarrollo de las competencias asumidas en los Estatutos de Autonomía y del art. 45 de la LORPM, todas las Comunidades Autónomas han aprobado su propia ley de protección del menor, que sería muy prolijo enumerar aquí. La mayoría de estas leyes siguen una misma estructura. En primer lugar, contienen una declaración de derechos de los menores inspirada en la Constitución y en la LOPJM. Y, en segundo lugar, regulan las medidas de protección de los menores en situaciones de riesgo, desamparo e inadaptación<sup>31</sup>.

Merece la pena destacar dos de estas leyes por la amplitud de su catálogo de derechos: la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y

Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco y la Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana.

## B. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES

### a) La Constitución

La Constitución contiene una destacada referencia a la protección de las personas mayores en el art. 50, ubicado en el Capítulo III del Título I. Su tenor literal es el siguiente:

“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

En este precepto podemos encontrar dos mandatos distintos dirigidos a los poderes públicos, cada uno de ellos con un grado distinto de vinculación. Por una parte, el mantenimiento de un sistema de pensiones que garantice la suficiencia económica de los mayores. Y, por otra parte, la previsión de un sistema de servicios sociales que atienda a sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. Todo ello conforma una protección integral de las personas de edad avanzada que trata de atender a todas sus necesidades.

El distinto grado de vinculación de los mandatos contenidos en el art. 50 CE se refleja ya en el tenor literal de los mismos. Cuando se trata de la suficiencia económica de las personas mayores a través de las pensiones, se emplea el verbo “garantizar”, mientras que, al hablar de un sistema de seguros sociales destinado al bienestar de estas personas, el precepto en cuestión utiliza el verbo “promover”. De este tenor literal es fácil deducir que la obligación de los poderes públicos es más perentoria e inaplazable en el caso de las pensiones de jubilación y que la exigibilidad inmediata de los servicios sociales es de menor intensidad, lo que permitiría un mayor grado de discrecionalidad por parte de los poderes públicos<sup>32</sup>.

## b) La legislación estatal de desarrollo

Por lo que se refiere, en primer lugar, al sistema de pensiones previsto en el art. 50 CE, éste se integra en el régimen público de la Seguridad Social y, de acuerdo con el art. 149.1.17 CE, es competencia exclusiva del Estado la “legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”. De esta forma, la legislación básica estatal debe procurar la existencia de un único régimen público de Seguridad Social para todo el territorio del Estado, con una caja financiera igualmente única, lo que se garantiza con el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

Pero, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la regulación estatal de lo básico no puede suponer vaciar de contenido las competencias de las Comunidades Autónomas (STC 95/1986, de 10 de julio). Por ello, cabría admitir la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan mejorar las cuantías de las pensiones no contributivas de jubilación, tal y como se deduce del art. 38.4 LGSS aunque el Tribunal Constitucional residenció esta competencia de las Comunidades Autónomas en el art. 148.1.20 CE (“Asistencia Social”)<sup>33</sup>.

La distinta atribución competencial de la Seguridad Social (al Estado) y la Asistencia Social (a las Comunidades Autónomas) ha dado lugar a una viva polémica jurisprudencia, y doctrinal<sup>34</sup>. Se puede concluir que no hay criterios objetivos que permitan establecer una frontera clara y precisa entre la Asistencia Social y la modalidad no contributiva de la Seguridad Social. Habrá de ser el legislador estatal quien determinará lo que deba entenderse, en cada momento histórico, por Seguridad Social<sup>35</sup>.

De esta forma, la regulación actual del Régimen General en materia de pensiones se encuentra en los arts. 160 a 170 de la citada Ley General de la Seguridad Social. Esta regulación incluye la previsión sobre las pensiones no con-

tributivas, reguladas por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre de prestaciones no contributivas, y hoy integrada, en lo que se refiere a la jubilación, en los arts. 167 a 170 LGSS.

En relación con los servicios sociales previstos en el art. 50 CE, encontramos la misma dificultad de deslindar cuáles corresponden a la Seguridad Social y son, por tanto, de competencia estatal y cuáles corresponden a la Asistencia Social y son de competencia autonómica. Y la realidad es que existe una concurrencia de las legislaciones estatal y autonómica reguladoras de las prestaciones en favor de las personas mayores.

El art. 38.1.e) LGSS prevé, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, las prestaciones de Servicios Sociales que puedan establecerse para las personas mayores. El art. 38.2 LGSS también sitúa dentro de la acción protectora de la Seguridad Social la posibilidad de reconocer a las personas protegidas por el sistema de Seguridad Social “los beneficios de la Asistencia Social”. Los Capítulos V y VI LGLSS (arts. 53 a 56) están dedicados a los Servicios Sociales y Asistencia Social, pero estas previsiones no han sido objeto de un desarrollo suficiente. En la actualidad no existe una ley estatal sobre servicios sociales para la tercera edad.

Lo que se está produciendo es un “cambio de responsabilidades” en el ámbito infraconstitucional, de modo que son las Comunidades Autónomas y no la Administración Central las que tienden a asumir la responsabilidad sobre los servicios sociales para las personas mayores.

En el ámbito estatal, la única actuación ha sido la llevada a cabo a través de los Planes nacionales. El primero de ellos fue el Plan Gerontológico de 1992, elaborado por el IMSERSO. Posteriormente, las Comunidades Autónomas han ido aprobando sus propios planes de acción para personas mayores. Con el objetivo de coordinar la acción estatal y autonómica, el IMSERSO elaboró el Plan de Acción para las Personas Mayores para los años 2003-2007, que pretendía “conjugar competencias nacio-

nales con competencias autonómicas para el diseño de una política social, dirigida al colectivo de personas mayores, basada en estrategias de cooperación y consenso”<sup>36</sup>.

### c) Los Estatutos de Autonomía y la legislación autonómica

Igual que vimos con la protección de la infancia y adolescencia, en los Estatutos de Autonomía reformados en los años 2006-2007 podemos encontrar normas específicas de protección de las personas mayores, que reflejan la mencionada evolución desde una concepción exclusivamente prestacional hacia una tutela más completa, que incluye la integración y la participación social.

En el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Valencia, el art. 10 incluye como ámbito de actuación prioritaria de la *Generalitat* la “participación y protección de las personas mayores y de los dependientes”.

De forma más extensa, el Estatuto de Cataluña reconoce en el art. 18 los “Derechos de las personas mayores”: “Las personas mayores tienen derecho a vivir con dignidad, libres de explotación y de malos tratos, sin que puedan ser discriminadas debido a su edad”. Y en el Capítulo relativo a los “Principios rectores”, el art. 40.6 establece que:

“Los poderes públicos deben garantizar la protección de las personas mayores para que puedan llevar una vida digna e independiente y participar en la vida social y cultural. También deben procurar la plena integración de las personas mayores en la sociedad mediante políticas públicas basadas en el principio de solidaridad intergeneracional”.

El Estatuto de las Islas Baleares contiene una referencia a la protección de las personas mayores en el art. 16 dedicado a los “Derechos sociales”.

El Estatuto andaluz incluye un artículo, el 19, en el Capítulo relativo a los “Derechos y deberes” dedicado a los mayores. Su tenor literal es el siguiente:

“Las personas mayores tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía

personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes”.

Además, en el Capítulo relativo a los “Principios rectores de las políticas públicas” contiene otra referencia a la protección de las personas mayores en el art. 37.3.

El Estatuto de Aragón se refiere a la protección de los mayores en el art. 24.g), incluido en el Capítulo relativo a los “Principios rectores de las políticas públicas”.

Y, finalmente, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León contiene un precepto con la rúbrica “Derechos de las personas mayores”, incluido en el art. 13 dedicado a los “Derechos sociales”. Su tenor literal es el siguiente:

“Las Administraciones públicas de Castilla y León velarán para que las personas mayores no sean discriminadas en ningún ámbito de su existencia y garantizarán sus derechos, en particular, la protección jurídica y de la salud, el acceso a un alojamiento adecuado, a la cultura y al ocio, y el derecho de participación pública y de asociación”.

En desarrollo de las previsiones constitucionales y estatutarias, todas las Comunidades Autónomas han aprobado leyes de servicios sociales. En ellas se regulan las diferentes prestaciones en favor de las personas mayores. Por citar alguna, mencionaré tan sólo dos de las leyes más recientes: La Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco y Ley 14/2010, de 16 de diciembre de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha.

## C. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

### a) La Constitución

La Constitución española contiene una referencia a la protección de las personas con discapacidad en el art. 49, ubicado en el Capítulo relativo a los “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, igual que hemos visto en los casos anteriores:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Lo primero que nos llama la atención de este texto es la utilización del término “disminuidos”. Hay que tener en cuenta que era una expresión utilizada en la fecha en la que se aprueba la Constitución —de hecho los constituyentes se inspiraron en el texto de la Carta Social Europea—, pero hoy es un término en completo desuso, igual que el término “minusválidos”. Son términos que parecen definir a las personas por una cualidad accidental, como es tener una discapacidad o enfermedad. En los documentos internacionales más recientes se ha extendido la expresión “personas con discapacidad”. No es una cuestión menor. Si se llega a abordar la proyectada reforma de nuestro Texto Fundamental, éste sería un artículo a reformar, al menos en lo relativo a la terminología.

Se ha puesto de manifiesto que la incorporación a la Constitución de una norma relativa a las personas con discapacidad (inédita en nuestro constitucionalismo) ha supuesto un importante cambio en la forma en que la sociedad enfrenta el problema de la discapacidad. Se ha evolucionado desde un modelo meramente asistencial o prestacional hacia un nuevo enfoque de protección jurídica basado en los derechos humanos y en una garantía integral sobre el ejercicio por la persona con discapacidad del conjunto de derechos y libertades que reconoce la Constitución<sup>37</sup>.

En este sentido, y a pesar de la limitación de eficacia que supone su ubicación constitucional, puede realizarse una valoración positiva del art. 49 CE puesto que prevé una tutela integral de las personas con discapacidad. Por una parte, contempla la obligación de los poderes públicos de realizar prestaciones a favor de las personas con discapacidad para atender a sus diferentes necesidades. Y, por otra parte, ordena llevar a cabo una política de integración para lograr el pleno disfrute por parte de

todos los ciudadanos (incluidas las personas con discapacidad) de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución<sup>38</sup>.

## b) La legislación estatal de desarrollo

Al estudiar el desarrollo legislativo del art. 49 CE hay que tener en cuenta la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El título competencial que habilita a éstas para legislar en materia de protección de personas con discapacidad es, una vez más, el art. 148.1.20 CE (“Asistencia Social”). Pero, además de la normativa desarrollada por las Comunidades Autónomas, que más adelante veremos, el Estado ha dictado su propia normativa, al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva para regular “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

La primera ley estatal post-constitucional a favor de las personas con discapacidad fue la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI). De acuerdo con el art. 1 de la Ley, ésta constituye un desarrollo del art. 49 CE. Como pone de manifiesto Rafael de Lorenzo, este engarce constitucional tiene unas consecuencias jurídicas precisas en cuanto al carácter de la propia Ley, esto es, la Ley pretende desarrollar un derecho social prestacional a favor de las personas con discapacidad que la Constitución califica como Principio Rector, con lo que ello conlleva en cuanto a la limitación de su eficacia jurídica<sup>39</sup>.

Estas limitaciones pueden resumirse en tres consecuencias jurídicas: En primer lugar, los sujetos obligados a desarrollar las prestaciones previstas son los poderes públicos y no los sujetos privados. En segundo lugar, el contenido de las prestaciones depende de la discrecionalidad del legislador y de las posibilidades presupuestarias y, finalmente, los mecanismos de garantía y protección serán exclusivamente los contemplados en el art. 53.3 CE.

Pero este enfoque clásico ha experimentado en los últimos años un cambio de orientación con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal (LIONDAU). Ya desde la Exposición de Motivos, esta Ley extiende sus fundamentos constitucionales hasta buscar su engarce en los art. 14 (igualdad de oportunidades y no discriminación), 9.2 (igualdad material y participación) y 10 (dignidad de la persona). Su art. 1.1 establece:

“Esta ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución. A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”.

En claro contraste con la LISMI, de marcado carácter prestacional, la LIONDAU va mucho más lejos. Ya no persigue la solución de los problemas personales de la persona con discapacidad (siguiendo el modelo médico/rehabilitador histórico), sino que actúa sobre la sociedad (modelo social) para conseguir que ésta suprima los obstáculos que impiden que las personas con discapacidad disfruten plenamente de los derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos. Ello se lleva a cabo a través de dos nuevas estrategias: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal.

Este nuevo enfoque comporta unas consecuencias jurídicas en cuanto a la protección de las personas con discapacidad. Ya no se trata solamente de establecer prestaciones más o menos extensas por parte de los poderes públicos. Ahora se trata de hacer efectivo el derecho fundamental a la igualdad (también la igualdad de oportunidades) y a no ser discriminado por razón de discapacidad (art. 14 CE). Y este derecho tiene una protección jurídica mucho mayor, que puede ser esgrimido también frente a particulares y que incluye el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Además de estas dos Leyes, el Estado ha dictado otras que inciden en la protección de las personas con discapacidad y que aquí sólo puedo enumerar: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad; Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (que transpuso la Directiva 2000/78/CE referida a la no discriminación en el empleo); Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley sobre el Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios.

### c) Los Estatutos de Autonomía y la legislación autonómica

Como se ha dicho, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de discapacidad en virtud del art. 148.1.20 CE. Ahora bien, es destacable la incorporación de normas específicas sobre protección de personas con discapacidad en los Estatutos de Autonomía reformados en los años 2006-2007.

El Estatuto valenciano incorpora un extenso y completo artículo, el 13, dedicado a la protección de las personas con discapacidad que incluye las dos facetas que hemos visto. Por una parte, se reconoce el derecho a las prestaciones públicas necesarias para asegurar la autonomía personal, la integración socio-profesional y la participación social y, por otra parte, se garantiza la igualdad de oportunidades mediante medidas de acción positiva y la accesibilidad espacial a las instalaciones y servicios públicos.

El Estatuto catalán contiene una breve referencia a la protección de “las personas con discapacidades” en el art. 40.5, que contrasta con la mayor extensión con que reconoce otros derechos o contiene normas de protección de otras categorías de personas vulnerables. Y esta referencia se encuentra en el Capítulo relativo a los “Principios Rectores”. En el Capítulo sobre “Derechos y deberes en el ámbito civil

y social” sólo se contiene una referencia a “las personas con necesidades especiales para mantener la autonomía personal en las actividades de la vida diaria”, en clara alusión a las situaciones de dependencia.

El Estatuto de las Islas Baleares no contiene una referencia a las personas con discapacidad aunque sí a las personas dependientes (en los arts. 16.3 y 19).

El Estatuto de Andalucía contiene un artículo, el 24, ubicado en el Capítulo sobre “Derechos y Deberes” dedicado a la protección de las “personas con discapacidad o dependencia” y una referencia más completa en el art. 37.1.5 (entre los Principios Rectores) que incluye la finalidad de la autonomía e integración social y profesional de las personas con discapacidad “de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de barreras”. En el apartado 6 del mismo artículo se hace referencia a la lengua de signos que utilizan las “personas sordas” (aunque hubiera sido mejor hablar de “personas con discapacidad auditiva”).

El Estatuto de Aragón contiene una referencia a la protección de las “personas con discapacidades” en el art. 25 bajo la rúbrica “Promoción de la autonomía personal”.

Y, finalmente, el Estatuto de Castilla y León contiene un extenso artículo (el 13.8) que refleja todas las facetas de protección de las personas con discapacidad:

“Las personas de Castilla y León con algún grado de discapacidad tienen derecho a la igualdad de trato y de oportunidades, a la accesibilidad en cualquier ámbito de su vida, así como a las ayudas públicas necesarias para facilitar su plena integración educativa, laboral y social. Mediante ley se asegurará la supresión de barreras en los espacios y dependencias de uso público y en el transporte público colectivo de pasajeros. La ley reconocerá asimismo la participación de las personas con discapacidad en la definición de las políticas que les afecten a través de las asociaciones representativas de sus intereses.

Los poderes públicos promoverán el uso de la lengua de signos española de las personas sordas, que deberá ser objeto de enseñanza, protección y respeto. Además, se implementará la utilización por las Admi-

nistraciones públicas de la Comunidad de los sistemas que permitan la comunicación a los discapacitados sensoriales”.

En cuanto a la legislación autonómica de desarrollo, son importantes las leyes autonómicas de servicios sociales, a las que ya se ha hecho referencia. Pero, además, la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas han aprobado leyes específicas de atención a las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de Atención a las Personas con Discapacidad o la Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Comunidad Valenciana, en la que se contiene el Estatuto de las Personas con Discapacidad.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Después de describir someramente este panorama normativo, puede concluirse que existe un creciente interés en regular la protección y tutela de las categorías de personas especialmente vulnerables tanto en el Derecho internacional, como europeo, estatal y autonómico.

Ahora bien, como advertimos al principio, estas regulaciones configuran un conjunto de normas muy heterogéneas entre sí. Junto a las declaraciones de derechos específicos de las personas vulnerables, aparecen principios de actuación y mandatos a los poderes públicos y normas propias del Derecho Antidiscriminatorio.

Es posible también detectar una evolución desde un tipo de normas incluidas entre los derechos sociales, que establecen prestaciones públicas a favor de las personas necesitadas de protección (normas digamos más “paternalistas”) hacia otro tipo de regulación que incide en el concepto de integración. Sin renunciar a las prestaciones básicas, la regulación más moderna trata de asegurar que las personas tradicionalmente consideradas vulnerables (menores, mayores, personas con discapacidad) puedan disfrutar de todos sus derechos

fundamentales en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos.

Se pretende reforzar la autonomía personal y los conceptos jurídicos que se utilizan provienen ahora más bien del Derecho Antidiscriminatorio. Se habla de prohibición de discriminación, de igualdad de oportunidades y de acción positiva pero también de accesibilidad universal y de participación plena en la vida social, política, económica y cultural, etc.

En cuanto al Derecho español, hay una diferencia jurídica importante en esta nueva forma de contemplar las normas de protección de las personas vulnerables. Mientras que los derechos sociales prestacionales tienen su encaje constitucional en los Principios Rectores reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Norma Fundamental, que poseen una eficacia jurídica disminuida, las nuevas disposicio-

nes encuentran su fundamento en preceptos constitucionales que gozan de mayor garantía, como el art. 14, que consagra el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación.

Este cambio de tendencia está ahora configurándose y por eso es difícil sistematizar las nuevas categorías. En las distintas normativas aparecen reguladas de forma confusa las clásicas prestaciones y las nuevas normas antidiscriminatorias, como hemos podido observar al intentar describir los distintos documentos nacionales e internacionales.

Sin embargo, de cara a la legislación y a la práctica judicial, es deseable que se intenten clarificar las distintas clases de normas con el objetivo de reforzar su juridicidad. Si no es así, se corre el riesgo de adoptar una normativa muy “voluntarista” en cuanto que persigue fines muy loables, pero escasamente efectiva.

## NOTAS

1. Vid. ALFREDSSON, G. and MACALISTER SMITH, P. (Ed.), *The living law of nations: essays on refugees, minorities, indigenous peoples and the human rights of other vulnerable groups*, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 1996; *L'Accès à l'emploi des groupes vulnérables*, Fondation Européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, Office des publications officielles des Communautés Européennes, Luxemburg, 2002; *Housing policy an vulnerable social groups: report and guidelines*, prepared by the group of specialists on Housing Policies for Social Cohesion, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2008; FERRER LLORET, J. y SANZ CABALLERO, S. (Eds.), *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho Internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 y LARKIN, M., *Vulnerable groups in health an social care*, SAGE, London, 2009, entre otros.
2. Vid. MARZAL, A. (Ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Bosch, Barcelona, 1999.
3. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo” en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Dirs.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p. 21.
4. En el mismo sentido, vid. SANZ CABALLERO, S., *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 11 (Presentación).
5. Vid. AMORÓS, C., *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Barcelona, 1985 y LERNER, G., *La creación del patriarcado*, traducción de Mónica Tusell, Crítica, Barcelona, 1990, entre muchos otros.
6. Sobre el Derecho Antidiscriminatorio en Europa y en España puede verse: BELL, M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, 2002; ELLIS, E., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, 2005; SCHIEK, D./CHEGE, V. (Ed.), *European Union non-discrimination law: comparative perspectives on multidimensional equality law*, London, New York: Routledge-Cavendish, 2009; CHOPIN, I./GOUNARI, E.M., *Developing anti-discrimination law in Europe: the 27 EU member states compared*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010 y MORA RUIZ, M. (Dir.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de Género: perspectiva sistémica de la igualdad desde el Derecho Público*, Barcelona: Atelier, 2010.

7. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo”, cit., pp. 22-23.
8. FERRER LLORET, J. y SANZ CABALLERO, S. (Dirs.) *Protección de personas y grupos vulnerables*, (Presentación), ob. cit., p. 10.
9. DÍAZ CREGO, M., “Los derechos fundamentales de niños y adolescentes”, en ESCOBAR ROCA, G., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, pendiente de publicación, original cedido por la autora.
10. Convenio ratificado por España el 29 de junio de 1988.
11. HERREROS LÓPEZ, J.M. “Personas mayores” en ESCOBAR ROCA, G., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, ob. cit., pendiente de publicación, original cedido por el autor.
12. DE LORENZO, R., “Los contornos del Derecho de la Discapacidad” en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 69. Vid., también, CARDONA LLORENS, J. y SANJOSÉ GIL, A., “Un cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en FERRER LLORET, J. y SANZ CABALLERO, S. (Eds.), *Protección de personas y grupos vulnerables*, ob. cit., pp. 163 y ss.
13. DE LORENZO, R., “Los contornos del Derecho de la Discapacidad, cit., pp. 70-71.
14. JIMENA QUESADA, L., “La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa”, en SANZ CABALLERO, S. (Ed.), *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional*, ob. cit., pp. 17-23.
15. Como es sabido, se aprobaron separadamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, con diferente nivel de protección.
16. Vid. CODÓN BARRIGÓN, I., “Personas mayores y acción social en el Derecho europeo”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. y FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, ob. cit., pp. 357 y ss.
17. Vid. CARDONA, J., “La protección de los derechos de los discapacitados en Europa”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. y FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, ob. cit., pp. 333- y ss.
18. Se trata de decisiones de fondo, con formato de sentencia, dictadas en el marco del mecanismo de reclamaciones colectivas establecido mediante el Protocolo de 1995. Vid. JIMENA QUESADA, L., “La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa”, cit., pp. 24 y ss.
19. Vid. DE LA VILLA GIL, L.E., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 32, 2001, p. 19.
20. HERREROS LÓPEZ, J. M., “El contenido social de la Carta de los Derechos Fundamentales”, en CARRILLO, M. y PÉREZ BOFILL, H., *La Constitución europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 428.
21. HERREROS LÓPEZ, J. M., “El contenido social de la Carta de los Derechos Fundamentales”, cit., pp. 429-430. Vid., también, GIL Y GIL, J. L. y USHAKOVA, T. (2002), “Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* Núm. 5, 2002. Dirección electrónica: <http://www.uv.es/CEFD/>, pág. 10 y CARAZO LIÉBANA, M. J., “La eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales en la proyectada Constitución europea. En especial: los derechos sociales”, en CARRILLO, M. y PÉREZ BOFILL, H., *La Constitución europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, op. cit., p. 249 y ss.
22. Entre ellas cabe destacar el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de

obligaciones de alimentos; el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; y el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Vid. DÍAZ CREGO, M., “Los derechos fundamentales de niños y adolescentes”, p. 14 del original cedido por la autora.

23. HERREROS LÓPEZ, J.M. “Personas mayores” cit., p. 10 del original cedido por el autor.

24. DE LORENZO, R., “Los contornos del Derecho de la Discapacidad”, cit., pp. 86 y ss.

25. Vid. [www.parkingcard.europa.eu](http://www.parkingcard.europa.eu)

26. La prohibición de discriminación por razón de género ya ha sido objeto de varias Directivas, especialmente la Directiva 76/207/CEE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo modificada en 2002 y refundida en 2006. Y la prohibición genérica de discriminación por razones étnicas o raciales es el objeto de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico.

27. Sobre el Capítulo III del Título I CE puede verse: TAJADURA TEJADA, J. (Dir.), *Los Principios Rectores de la Política Social y Económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004. Sobre la eficacia de los derechos sociales de prestación, puede verse mi trabajo: “¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?” en VVAA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales-CEPC, Madrid, 2008, vol. II y la bibliografía allí contenida. Esta es una cuestión polémica sobre la que se ha escrito mucho y recientemente hay nuevas aportaciones interesantes entre nosotros. En unas se insiste en el concepto clásico de derechos fundamentales como derechos reconocidos en la Constitución y que gozan de la eficacia jurídica de la norma suprema y en la “no fundamentabilidad” de la mayoría de los derechos sociales reconocidos en la Constitución española (Vid. BASTIDA, F. J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentabilidad de los derechos”, en VVAA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, ob. cit.). En otras, se cuestionan los dogmas clásicos de la teoría de los derechos sociales en un intento de derribar los obstáculos que tradicionalmente se han opuesto a la normatividad a estos derechos (Vid. LAPORTA, F. J., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema” en BETEGÓN, J. (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2004 y PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007). En otras, en fin, se analiza la eficacia de que ya gozan o pueden llegar a gozar estos derechos (ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004).

28. DÍAZ CREGO, M., “Los derechos fundamentales de niños y adolescentes”, p. 15 del original cedido por la autora.

29. Id., pp. 14-18.

30. Sobre el tema hay ya una abundante bibliografía. Puede verse: APARICIO, M.A. (Ed.), *Derechos y principios rectores en los EEAA*, Atelier, Barcelona, 2008; CASTELLÁ ANDREU, J.M., “Hacia una protección ‘multinivel’ de los derechos en España. El reconocimiento de derechos en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Núm. 120, 2007* y “La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico”, en *Fundación Ciudadanía y Valores, septiembre 2010*, [www.funciva.org](http://www.funciva.org).

31. DÍAZ BARRADO, C. y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “La protección del niño en el ámbito europeo (Derecho Europeo y Ordenamiento jurídico español)”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. y FERNÁNDEZ LIESA, C., *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, ob. cit., pp. 221 y ss.

32. HERREROS LÓPEZ, J.M., “Personas mayores”, pp. 2-3 del original cedido por el autor.

33. Id. pp. 5-8.

34. Vid. CARMONA CUENCA, E., “La consolidación del Estado social en España. El Estado asistencial”, en PÉREZ ROYO, J., URÍAS MARTÍNEZ, J. y CARRASCO DURÁN, M., *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del*

*VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Tomo I*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006 y la bibliografía allí citada, especialmente, PÉREZ VILLALOBOS, M. C., *Estado social y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 2002 y SÁENZ ROYO, E., *Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Gobierno de Aragón/Thomson Civitas, 2003.

35. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A. *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social. España y la Unión Europea*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, p. 209.

36. Plan de Acción, p. 38. El Plan se puede encontrar en la página oficial del IMSERSO: [www.imserso.es](http://www.imserso.es). Vid. HERREROS LÓPEZ, J.M., “Personas mayores”, cit., pp. 12-13.

37. DE LORENZO, R., “Los contornos del Derecho de la Discapacidad”, cit., pp. 93-94.

38. Id., p. 95.

39. Id., pp. 99-100.

Fecha de recepción: 5 de abril de 2011

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011



## RESUMEN

Entendida como el pacto puro entre el capital y el trabajo, ha sido una noción jurídica que ha provocado bastante confusión en los estudiosos del Derecho Constitucional o de la Ciencia Política. A pesar de ello el constituyente español ha sido consciente de la necesidad de completar la democracia formal con una democracia social. En concreto, los artículos 9.2 y 10.1 CE configuraban un modelo en el que se dotaba de un contenido material al viejo Estado de Derecho liberal. Sin embargo, si la cuestión central de los derechos reside en el tema de sus garantías, se impone tener en cuenta el modelo de Estado en el que se integran y su reconsideración desde una perspectiva constitucional, vinculada con una dimensión democrática que trata de conciliar la libertad y la igualdad. Por último, es preciso señalar que la crisis económica hace peligrar la ilusión positivista de la pasión normativa del Estado del bienestar, que ofrece derechos a cambio de votos en un contexto de crecimiento económico ficticio tendente a destruir cualquier forma social basada en un consumo responsable y un reparto de la riqueza más justo y solidario.

## PALABRAS CLAVE

ESTADO SOCIAL, DERECHOS SOCIALES, GARANTÍAS, CRISIS

## ABSTRACT

Leaving aside comparative law, it would be true to say that the category of welfare state, understood as a pure pact between capital and labour, is a legal concept that has caused considerable confusion amidst scholars of Constitutional Law or Political Science. The Spanish constituent has, despite this, been aware of the need to complete formal democracy with a social democracy. In particular, Articles 9.2 and 10.1 of the Constitution set out a model that endowed the old liberal rule of law with specific substance. However, if the central question of rights lies in the issue of guarantees, we need to bear in mind the State model into which they are integrated and their reconsideration from a constitutional perspective, linked with a democratic dimension that seeks to reconcile freedom and equality. Finally, it needs to be pointed out that the economic crises places in danger the positivist illusion of the legislative passion of the welfare state, which offers rights in exchange for votes in a fictional context of economic growth that tends towards the destruction of any social form based on responsible consumption and a fairer more supportive distribution of wealth.

## KEY WORDS

SOCIAL STATE, SOCIAL RIGHTS, GUARANTEES, CRISIS

# LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Josu de Miguel Bárcena

Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Barcelona

**Sumario:** 1. España como Estado social y Democrático de derecho: el contexto histórico. 2. Un intento de conceptualización de los derechos sociales reconocidos en la Constitución española. 3. La garantía de los derechos sociales en el sistema constitucional español: condiciones de realización y garantías jurisdiccionales. A. Las omisiones del legislador en materia de derechos sociales. B. La irreversibilidad de los derechos sociales. C. Las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales en la Constitución española. D. Aspectos sobre las garantías procesales de los derechos sociales: aproximación general. 4. Conclusiones: crisis y garantías de los derechos sociales.

## 1. ESPAÑA COMO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: EL CONTEXTO HISTÓRICO

Se ha señalado con muy buen criterio, que la Constitución española de 1978 se articuló en un momento de incipiente crisis para la fórmula de Estado social que se había constitucionalizado en Europa después de la II Guerra Mundial. Sin embargo, la fórmula pura del Estado social era una premisa más bien teórica, que había encontrado un reflejo práctico fundamentalmente en la experiencia italiana<sup>2</sup>. Al margen de Italia, y de la formulación inicial de la Constitución portuguesa, bien puede decirse que la categoría del Estado social, entendido como el pacto puro entre el capital y el trabajo,

ha sido una noción jurídica que ha provocado no pocas confusiones en los estudiosos del derecho constitucional o de la ciencia política<sup>3</sup>.

Resulta innegable que al margen de estas cuestiones el constituyente español tuvo como premisa la necesidad de completar la democracia formal con una democracia social, por la que se entendía situar a todas las capas de la ciudadanía en las condiciones socioeconómicas y culturales adecuadas para el ejercicio de sus derechos democráticos o, dicho de otro modo, socializar, extendiendo efectivamente a todos los ciudadanos las libertades sólo ejercidas plenamente por capas restringidas de la población, tema al que sin duda aluden varios artículos de nuestra Constitución<sup>4</sup>. En concreto, el art. 10.1 CE, relativo al libre desarrollo de la personalidad, y el art. 9.2, referido

al despliegue, sin trabas, de las potencialidades humanas, en un contexto de integración y participación social de individuos y colectivos, configuraban un modelo constitucional en el que se dotaba de un contenido material al viejo Estado de Derecho liberal.

En este sentido, al igual que la mayor parte de los sistemas constitucionales europeos, que establecen un Estado del bienestar presidido por lo que Luhmann denomina como principio de compensación, que trata de paliar aquellas desventajas que recaen sobre cada cual como consecuencia de un determinado sistema de vida<sup>5</sup>, la Constitución española abandona la racionalización liberal del poder, destinada a salvaguardar fundamentalmente la libertad personal, la seguridad y la propiedad de los particulares, para intentar dar respuesta a los cambios sociales generados por los procesos económicos y políticos de industrialización y de democratización<sup>6</sup>. El Estado realizará a partir de entonces una función asistencial y correctora del orden social, tratando de perseguir intereses más generales, que por cierto ya no estarán a discreción del legislador, sino que como veremos se encontrarán protegidos por los valores y principios que inspiran a la Constitución<sup>7</sup>.

Este es un punto de vista general que a pesar de ser perfectamente válido, no logra captar las transformaciones que en las últimas décadas ha vivido el Estado social en nuestro país y en los países de nuestro entorno más cercano. Sin imponer un orden de importancia, podemos citar algunas cuestiones que sirven para identificar los ámbitos en los que el constitucionalismo “social” ha tenido que combinar sus principios fundacionales con los cambios producidos en la economía, la política y la sociedad contemporáneas: hablamos de la crisis administrativa del Estado, la descentralización del poder público, y sobre todo, la integración de España en la Unión Europea (en adelante UE).

En cuanto a la primera cuestión, hacemos referencia a los cambios que si bien no ponen en cuestión el modelo constitucional, sí que hacen referencia a la relación entre el Estado y

sociedad, sobre todo en los ámbitos de la ejecución administrativa de las políticas públicas; es decir, los servicios públicos o de interés general<sup>8</sup>. En este aspecto, es necesario recordar que los procesos de racionalización han ido acompañados, por un lado, de la reducción de las tareas administrativas en beneficio de entes privados, con el objetivo de mejorar la eficiencia en la toma de decisiones, aminorar la presunta sobrecarga presupuestaria y adelgazar la administración pública. Por otro lado, también se ha asistido, en las últimas décadas, a la supresión y reducción de políticas públicas, tratando de dar respuesta a la crítica frontal de las “tareas estatales administrativizadas”, mediante la limitación de la formalización de políticas públicas requirentes de actividad administrativa. Todos estos cambios afectan, obviamente, a la naturaleza del Estado social y a su expansión (en este caso detracción).

También lo hace el proceso de descentralización del poder que incorpora la propia Constitución. Hay una clara relación entre el contenido de la acción pública y la distribución territorial del poder y la incidencia que la crisis del Estado Social ha ido generando en la acción social al asumir los nuevos problemas producidos por la reconversión de la protección pública y el deterioro del modelo de pleno empleo desde la década de 1970<sup>9</sup>. Estas consideraciones bien pueden enlazar con el significado que la protección social tiene en el proceso de reproducción social, en el marco de las relaciones entre la forma de Estado y la economía<sup>10</sup>. Por ejemplo, con la generalización de las formas de garantía de la situación económica de los ciudadanos, se pone de relieve su incidencia en el funcionamiento del mercado dentro de las relaciones centro-periferia que caracterizan al modelo federal. A esta constatación corresponde la atracción de la materia por parte del poder central, como la seguridad social y las prestaciones no contributivas del sistema general. El mantenimiento de la unidad del mercado y su repercusión en las condiciones de producción reclaman un tratamiento unitario que solo puede ser garantizado desde las instancias que gobiernan el Estado<sup>11</sup>.

La consecuencia que se deriva de esta decisión es que las prestaciones asistenciales que no están vinculadas con la reproducción económica, son susceptibles de su distribución territorial. El largo recorrido seguido en esta materia ha conducido al reconocimiento de derechos prestacionales en los Estatutos de Autonomía<sup>12</sup>, que pretenden garantizar un régimen descentralizado de tales derechos partiendo del estatus unitario que proporciona el art. 149.1.1 CE y la dimensión objetiva de toda una serie de políticas sociales de las que, como muy bien ha señalado el Tribunal Constitucional recientemente (en adelante TC), cabrá deducir en su caso derechos de carácter subjetivo<sup>13</sup>.

El último de los elementos que tiene que ver con la transformación del Estado social inserto en nuestra Constitución es la integración del Estado en la UE. Dentro de las posibilidades financieras de cada país, el presupuesto ha sido y sigue siendo un instrumento capital de gestión de ciclo económico en función de las exigencias de la coyuntura o de la presión sociopolítica a favor del desarrollo más acusado de las políticas sociales. En esta fluctuación, con sus diversas orientaciones, coinciden por lo general las diversas fuerzas políticas que consideraban disponible la maniobra presupuestaria para atender a las reivindicaciones sociales de bienestar. Pues bien, de la misma forma que la regulación comunitaria de la economía incide drásticamente sobre la Constitución económica del Estado Social, la incorporación de una limitación presupuestaria, tal y como ocurre en la UE, supone la revisión de uno de los instrumentos primordiales de evolución del Estado y de relación entre la política y la economía, es decir, de la constitución política de la sociedad que pretende realizar la propia Constitución. Los derechos sociales no pueden ser lo mismo en un contexto de férrea disciplina presupuestaria, que en un ámbito donde el gasto público es contemplado como un generador de la demanda agregada<sup>14</sup>.

## 2. UN INTENTO DE CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En las últimas décadas, coincidiendo con el derrumbe de los sistemas del bienestar europeo y el trágico triunfo del neoliberalismo económico y el *darwinismo* social, han surgido un gran número de intentos por proteger de la mejor forma posible a los derechos sociales. Objetivo común de prácticamente todos ellos ha sido reducir la distancia, al menos aparente, entre el concepto de derecho subjetivo y la definición de derechos sociales. A pesar de las evidentes diferencias estructurales, se afirma la fundamentalidad de los derechos de prestación<sup>15</sup>, en base a una argumentación filosófica, histórica y dogmática, que reclama una tutela reforzada siguiendo los esquemas delineados por los típicos derechos de defensa y libertad<sup>16</sup>.

Sin embargo, como acabamos de señalar, el derecho subjetivo se presenta como un instrumento para articular fundamentalmente intereses individuales, de carácter preferentemente patrimonial, confiados a la autónoma valoración de sus beneficiarios, que, en caso de infracción de los mismos, pueden recabar a los órganos judiciales su inmediata reparación. Acaso lo mejor sea recordar con Bobbio que el dilema de los derechos sociales (o prestaciones) proviene precisamente de la incompatibilidad entre los códigos funcionales de dos subsistemas sociales primarios: el del derecho y el de la economía. Por ello, la duda sobre la naturaleza jurídica de los derechos sociales —duda que ya expresaron claramente Ernst Forsthoff o Piero Calamandrei— no se puede referir a una genérica ausencia o insuficiencia de las garantías formales de los mismos, sino a una imposibilidad funcional de prestarlos de manera definitiva, más allá de un umbral notablemente rígido, en el contexto de una economía de mercado globalizada<sup>17</sup>.

En todo caso, apelando a la resistencia constitucional<sup>18</sup>, más en los difíciles tiempos actuales, resulta necesario un esfuerzo por conceptualizar los derechos sociales desde la propia Constitución, como pretensiones jurídicas de prestación<sup>19</sup>, rehuyendo de su caracterización unívoca y poniendo de manifiesto su complejidad estructural. Tal complejidad deriva no solo de los inconvenientes fácticos para su cumplimiento, sino de su doble carácter activo y pasivo. Así, mientras los derechos subjetivos de defensa y libertad suponen un espacio de autodeterminación individual en el que el poder público no puede penetrar como principio general, los derechos sociales son la consecuencia lógica de la democracia sustancial, dirigida al reparto material de los bienes materiales, cuya consecución permite la plena autorregulación personal en el ámbito social. Como bien se sabe, desde que se anunció la crisis de legitimidad del capitalismo tardío, cada vez resulta más difícil el reparto de una riqueza que a menudo no es accesible al control de las instituciones estatales<sup>20</sup>.

Por otro lado, para garantizar esta dimensión participativa de los derechos sociales, se necesita, ante todo, una acción positiva (o activa), ya sea de los poderes públicos, ya sea de los particulares a instancias de aquel, generalmente expresada por medio de la prestación de un bien o servicio, que se acompaña, o hace efectiva, a través de medidas configuradoras del legislador o de la Administración. Teniendo en cuenta esta doble caracterización, objetiva y subjetiva, las pretensiones judiciales de prestación anteriormente aludidas aparecen unas veces como derechos, al expresar poderes o facultades reconocidas a los particulares, y otras como mandatos, deberes de protección y tareas a desempeñar por el Estado, en aras a su realización efectiva. Por ello, se ha señalado que los derechos sociales tienen una naturaleza compuesta (o compleja), que lógicamente influye sobremanera en su proyección positiva dentro del texto constitucional, también el español.

Como bien se sabe, existen en la Constitución española una serie de derechos sociales

que con naturaleza defensiva o prestacional (educación, sindicación y huelga, algunos aspectos de la tutela judicial efectiva), otorgan facultades jurídicas subjetivas que permiten a sus titulares reclamar, de manera inmediata, intervenciones del poder público (o de los particulares) suficientemente definidas. Estos derechos cumplen con las exigencias de fundamentalidad que tanto la doctrina como el TC han venido reclamando, y que obviamente están relacionadas con el sistema de garantías pergeñado tanto por el art. 53.1 CE, como por el art. 81.1 CE<sup>21</sup>. Ello supone dotarles de una fuerza vinculante incluso ante la ausencia del desarrollo legislativo y administrativo por parte de los poderes públicos.

Pero lo normal es que ello no ocurra así. La mayor parte de lo que venimos denominando como derechos sociales prestacionales, vienen acompañados de normas abiertas e incompletas que, si bien expresan un programa de distribución de bienes y de solidaridad nacional<sup>22</sup>, requieren una indudable concreción, normalmente muy intensa, a cargo del legislativo y el ejecutivo. Tal desarrollo supondrá la creación de estructuras organizativas y administrativas complejas, a fin de permitir la ulterior intervención o concesión de prestaciones a sus potenciales demandantes y el acceso efectivo a un determinado nivel de tutela efectiva. Todo ello produce un tipo de derechos, invocables ante los tribunales, si bien condicionados a la realización por parte de los poderes públicos del presupuesto de hecho de los mismos, como ocurre, entre otros, con la mayor parte de los referidos a las distintas formas de previsión y asistencia social<sup>23</sup>.

Con independencia de su articulación en nuestro texto constitucional, que como se sabe abarca también los ámbitos de los denominados como “derechos constitucionales” y los principios rectores de la política social y económica<sup>24</sup>, los derechos de carácter social que desarrollan los poderes públicos se pueden ordenar en función de cuatro grupos distintos de prestaciones o acciones factuales que el destinatario debe desarrollar, que generalmente solo poseen efectos descriptivos y pueden

considerarse como las consecuencias de la implementación de dichos derechos sociales<sup>25</sup>.

En primer lugar, tenemos las prestaciones sociales en sentido estricto como las ayudas sociales, familiares y el fomento de la formación profesional y educacional mediante becas y ayudas. Estas medidas se dirigen a la producción y mejora de las condiciones de justicia social y se realizan mediante la distribución de medios financieros y efectivos monetarios que presuponen la existencia de una partida presupuestaria previa con una finalidad concreta relacionada con las distintas temáticas de derechos sociales que sean concretables económicamente. En segundo lugar, nos encontramos con las pretensiones de subvenciones y acciones de fomento de actividades de interés público, relacionadas con determinadas actividades de carácter cultural, social o profesional. Estas subvenciones también implican la distribución de medios financieros, aunque deben cumplir con el fomento de una actividad concreta que no se tiene que relacionar con una relación de justicia social como en el caso anterior, y además está sujeta a criterios de oportunidad política. En tercer lugar, las pretensiones en el marco de la procura existencial que implican la creación y utilización de servicios públicos, supuesto que tiene un carácter distributivo de medios financieros más limitado, y sirve para universalizar una serie de servicios económicos más allá de la posición concreta del ciudadano que los recibe. Por último, se distinguen las pretensiones de participación en los bienes de carácter comunitario, que generalmente se relacionan con la utilización de recursos naturales o el reparto de frecuencias radioeléctricas, mediante autorizaciones administrativas.

De acuerdo a esta categorización, parece claro que no todas las prestaciones vinculadas con derechos sociales cuentan con una identificación y protección en base a derechos articulados en la Constitución<sup>26</sup>. En todo caso, todas y cada una de las prestaciones, en cuanto expresión institucional, pueden incardinarse en mandatos constitucionales que configuran un modelo de Estado social y democrático de Derecho<sup>27</sup>, en el que el sistema de derechos y

la Constitución económica están al servicio de una configuración social históricamente concreta, preocupada por la garantía de la procura existencial de los ciudadanos. Ello conduce a la consiguiente cobertura de las consideradas necesidades básicas, presupuesto indispensable de una libertad igual para todos<sup>28</sup> y fundamento de una renovada legitimidad que en este momento parece cuestionada<sup>29</sup>.

### 3. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: CONDICIONES DE REALIZACIÓN Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Como hemos señalado con anterioridad, la mayor parte de los derechos sociales se incardinan en expresos mandatos constitucionales<sup>30</sup>, caracterizados por el hecho de que en ellos su consecución se sustrae a la libertad absoluta del legislador, de los órganos políticos. No son, como ya puso de manifiesto hace más de medio siglo Vezio Crisafulli, meras apelaciones políticas al legislador<sup>31</sup>, sino imposiciones constitucionales de distinta naturaleza que le obliga directamente, como a los restantes poderes públicos. En el caso español, los principios reconocidos en el Capítulo 3º del Título I de la CE, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente accionables (STC 36/1991)<sup>32</sup>. Se concretan, de conformidad con el art. 53.3 CE en que el reconocimiento, el respeto y la protección de los mismos informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen. De este enunciado surgen varias dudas en torno a lo que suelen denominarse como “condiciones de realización”, y que hacen referencia, entre otras cuestiones, a las omisiones del legislador

y a la irreversibilidad de los derechos sociales. Vayamos con la primera cuestión.

### A. LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

El TC ha afirmado con claridad que la naturaleza de los principios rectores hace improbable que una norma legal sea considerada inconstitucional por omisión, es decir, por no atender el mandato en el que cada principio o derecho se concreta a los poderes públicos y en especial al legislador (STC 45/1989). Aquí es necesario realizar ciertas matizaciones. Como bien se sabe, el ordenamiento constitucional español, a diferencia de por ejemplo el portugués, no configura un sistema de control directo de las omisiones legislativas absolutas<sup>33</sup>. Sin embargo, en un sentido general está comúnmente aceptado que en las omisiones parciales o relativas, se pueden interrelacionar directamente con la insuficiencia normativa en la ley, ya que esta situación implica una acción incompleta, mal, o insuficientemente realizada por el legislador de la que se puede derivar un defecto de protección de los derechos fundamentales en general<sup>34</sup>. En estos supuestos, cuando afecta a derechos, se podrá adoptar una declaración de inconstitucionalidad de carácter declarativo, sin nulidad, que puede ser equivalente a una sentencia de carácter interpretativo, que en la práctica supone, por una parte, la aplicación directa del precepto constitucional que establece el derecho fundamental y, por otra, la aplicación en el caso concreto de la ley en el contenido no omisivo de la misma<sup>35</sup>.

Una parte de la doctrina ha señalado que en el caso de los derechos sociales, aun reconocidos como principios, en la medida en que la omisión del legislador pueda distorsionar la eficacia directa que despliega el precepto constitucional, el TC podría instar al legislador a actuar, sin que de aquí se derive una obligación inexcusable para el mismo, censurando su pasividad, y fijándole, incluso, unas directrices y un plazo, necesariamente orientativos, para

llevar a cabo la tarea que tiene constitucionalmente encomendada<sup>36</sup>. Sin embargo, no se ha advertido si se habla de omisiones absolutas o relativas y, en tal caso, el mecanismo que habría que utilizar para llegar a un mandato de estas características.

En lo material, cabría deducirlas de las lagunas producidas por el incumplimiento de un mandato constitucional al legislador en un sentido estricto, de una norma que de forma permanente y concreta vincula al legislador a la adopción de medidas legislativas (órdenes de legislar). Esta perspectiva, derivada de la doctrina portuguesa sobre la cuestión<sup>37</sup>, sería aplicable en abstracto a los derechos de contenido económico, social y cultural según hayan sido enunciados como principios rectores (el acceso a la cultura del art. 44 CE) o como auténticos mandatos al legislador, por ejemplo, el artículo 43.2 CE, a propósito del sistema nacional de salud y los arts. 41 y 50 CE, referidos respectivamente al mantenimiento de un sistema de seguridad social y de un sistema público de pensiones. No obstante, insistimos en que se podrán controlar las insuficiencias normativas de los derechos sociales, pero no las posibles restricciones totales que pueda ocasionar el legislador en una actividad de configuración normativa, que no suele ser concretada en la Constitución al recaer en normas abiertas al legislador.

En este sentido, extrapolando la experiencia alemana, J.C. Gavara ha señalado que en nuestro ordenamiento, tanto la prohibición de exceso de restricción como la prohibición de defecto de protección de derechos (formulaciones con las que se conoce la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio), son susceptibles de integrarse en la interdicción de arbitrariedad de las decisiones legislativas previstas en el art. 9.3 CE, con la consecuencia de que su contenido y controles materiales forman parte de los parámetros del control de constitucionalidad sin necesidad de articular un procedimiento específico<sup>38</sup>. Se debe insistir, en todo caso, en la dificultad de desarrollar un control de las omisiones del legislador en materia de derechos sociales, dada

la ausencia de cauces procesales específicos para ello, lo que pone en cuestión no solo el dogma de la supremacía constitucional, sino la capacidad transformadora que se le supone al constitucionalismo social<sup>39</sup>, hoy seriamente puesta en duda por los numerosos ámbitos que quedan fuera de la influencia de la Constitución<sup>40</sup>.

## B. LA IRREVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Resulta indiscutible que todas las categorías de derechos (civiles, políticos y sociales), entrañan una cierta dimensión distributiva. Su satisfacción exige en mayor o menor medida la asignación de subvenciones, ayudas, espacios públicos y recursos financieros, humanos y técnicos<sup>41</sup>. Lo que estaría en juego, por tanto, no es cómo garantizar los derechos más caros, sino decidir cómo y con qué prioridades se asignan los recursos que la satisfacción de todos los derechos exige. En este sentido, en el marco del Estado del bienestar, donde se trata de compensar las desigualdades a través de la intervención y regulación de los factores económicos, resulta lógico que se hayan ido desarrollando técnicas para frenar las supresiones definitivas o la desatención en materia de derechos sociales. La articulación del principio de no regresividad de los derechos sociales apareció inicialmente en Alemania, tras la aprobación de la Ley Fundamental, extendiéndose con posterioridad a otros países<sup>42</sup>, como un corolario lógico de la idea misma de Constitución normativa y del contenido mínimo o esencial de los derechos en ella reconocidos<sup>43</sup>.

Por lo tanto, cabría decir como regla general que, una vez regulados, los derechos sociales constitucionales introducen un núcleo esencial de necesidades básicas que el legislador no puede modificar en un sentido regresivo. Sobre todo, si con ello se frustra bien la confianza generada en sus titulares, bien una expectativa legítima que podría asimilarse tanto al derecho a la seguridad jurídica como al derecho de propiedad. Con ello, la irreversibilidad se puede relacionar con el planteamiento clásico del de-

recho privado de los derechos adquiridos, aunque también con los efectos de las garantías institucionales en la Constitución para las decisiones de eliminación por parte del legislador y con el principio de protección de confianza del administrado<sup>44</sup>. Es importante recordar, en todo caso, que la irreversibilidad de las políticas sociales y de los derechos que incorporan, es un tema que la doctrina española ha abordado desde diferentes puntos de vista y desde que prácticamente se aprobó la CE.

Así, sin ánimo de ser exhaustivos, mientras López Guerra señaló tempranamente que la tesis de la irreversibilidad de las conquistas sociales formalizadas por el legislador, era una exigencia derivada de la Constitución<sup>45</sup>, García Pelayo, desde la autoridad que le es propia, mantuvo con anterioridad una posición más matizada, teniendo en cuenta la aparición desde la década de 1970 de la denominada como crisis fiscal del Estado: desde este punto de vista, siquiera las soluciones correctoras del nivel de las prestaciones públicas son posibles de mantener constitucionalmente hablando<sup>46</sup>. Por último, más cercano en el tiempo, Parejo Alfonso vislumbra la inconstitucionalidad de toda legislación de desarrollo constitucional que, sin fundamento suficiente, es decir, justificable en términos constitucionales, esté derechamente dirigida a la supresión o, simplemente, al recorte, por sí mismos, de contenidos propios de derechos sociales ya establecidos por ese mismo legislador. Ahora bien, la irreversibilidad en todo caso, por imperativo constitucional, de los desarrollos legislativos del orden económico - social supondría un inaceptable vaciamiento del principio de pluralismo político y, por tanto, del democrático, que implican la posibilidad, dentro del mismo orden constitucional, de diversas opciones (simultáneas en diversas instancias territoriales del Estado; y sucesivas en una misma instancia territorial) de configuración social<sup>47</sup>.

El TC ha señalado, fundamentalmente en las sentencias 81/1982, 65/1987 y 65/1990, que la reconsideración de conquistas sociales por el legislador ordinario es posible dentro del marco de la Constitución: al legislador de

desarrollo de la Constitución le corresponde entonces la determinación y apreciación —en su contexto y en conexión con las circunstancias y disponibilidades económicas— de las situaciones que, previstas en la Constitución, demandan una acción prestacional del Estado, estableciéndolas y modificándolas, en particular en cuanto hace a su nivel y condiciones. En todo caso, la supresión de conquistas sociales establecidas no puede hacerse legítimamente sin razón suficiente para ello<sup>48</sup>. La argumentación seguida aquí por el TC no es muy distinta de la seguida por otros sistemas comparados, donde también se admite que el legislador pueda adoptar disposiciones que modifiquen desfavorablemente la regulación de relaciones jurídicas establecidas en los derechos sociales, pero no de una forma irracional que incida arbitrariamente en situaciones jurídicas subjetivas, de forma que este tipo de actuación solo es admisible en el marco de una exigencia de equilibrio financiero inderogable, que exigiría justificar y examinar las finalidades de la reutilización de las partidas presupuestarias derogadas en las distintas materias<sup>49</sup>.

La cuestión problemática reside aquí en la forma de comprobar cuándo una actuación de los poderes públicos traspasa unos límites determinados, implicando, más que una *reformatio in pejus*, un considerado despojo del mínimo intangible del derecho social. El TC ha señalado, por ejemplo, que la seguridad social, establecida en el art. 41 CE, consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuyo núcleo o reducto indisponible para el legislador ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (STC 37/1994). En este y en otros casos de singular importancia, parece conveniente la realización de un test o estándar de razonabilidad de un plan o política de naturaleza regresiva. Correspondería por tanto a los poderes públicos la carga de la justificación de un programa así planteado, teniendo en cuenta factores como la legitimación, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas en cuestión<sup>50</sup>.

Pero, por encima de estas consideraciones más o menos técnicas, los derechos sociales siempre estarán condicionados por la reserva de lo posible, que puede llegar a considerarse una exigencia constitucional derivada del conjunto de normas que admite la incapacidad financiera del Estado para cumplir con los mandatos constitucionales. En tales circunstancias, especialmente en momentos en los que la crisis económica se agudiza, el legislador debe decidir establecer las prioridades políticas<sup>51</sup>, particularmente ante la falta de medios presupuestarios y fiscales. En ausencia de una configuración constitucional concreta, que pueda ser deducida de las reglas de aplicación internas de la CE (derecho a la educación), resulta complicado extraer consecuencias jurídicas de una infracción por intermediación legislativa regresiva de derechos sociales.

Más sutil que todo lo anterior es sin duda la cuestión del marco constitucional constitutivo del límite infranqueable por el legislador ordinario en las operaciones de reconsideración y, en su caso, reforma de conquistas sociales por él mismo previamente establecidas; sobre todo el marco de la integración supranacional<sup>52</sup>, según señalábamos en la introducción. Es en este plano en el que el valor conferido actualmente al mercado para la satisfacción de las necesidades sociales puede llegar a determinar un profundo trastocamiento de la interpretación del orden constitucional en su conjunto; trastocamiento, que debe considerarse ilegítimo cuando traduce o expresa una reducción del sistema democrático —social a la dimensión propia del mercado— consumo<sup>53</sup>. La influencia de la Constitución económica de la UE, encauzada a través de complejas tramas jurisprudenciales y oscuros procedimientos legislativos donde prima la efectividad del derecho sobre su legitimidad, está propiciando la reforma de importantes ámbitos del Estado social y su sustitución por un orden jurídico inaprensible que se encamina a la realización pragmática del ideal de un mercado libre, habitado por individuos preferentemente apolíticos y poco solidarios<sup>54</sup>.

### C. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Como ya hemos establecido, la estructura objetiva de los derechos de prestación en general, y los sociales en particular, los hace diferenciarse claramente de los derechos de defensa (de libertad y autonomía), autoejecutables cuanto menos de su faceta primaria característica, al imponerse por sí mismos frente a todos, de reputarse, además, fundamentales<sup>55</sup>. Los primeros requieren habitualmente otros medios de realización más complejos e intensos. Así ocurre con los heterogéneos enunciados normativos que la Constitución española establece en el Capítulo III del Título I, sometidos al régimen de garantías del art. 53.3, y de los que no cabe deducir pretensiones jurídicas concretas, sino expectativas de intervención y prestación dependientes del desarrollo legislativo y de la actuación de las Administraciones correspondientes. Ello no quiere decir que su aplicabilidad indirecta o, si se quiere, diferida, suponga una limitación en su caracterización como auténticos derechos que otorgan una serie de facultades a los individuos, en las que se refleja su posición o estatus jurídico desde una perspectiva social o “situada”<sup>56</sup>.

En todo caso, cuando se habla de garantías jurisdiccionales de los derechos sociales, lo primero que hay que hacer es hablar de la vinculación de su contenido al poder judicial. El problema reside inicialmente en la eterna dialéctica que se produce entre los propios derechos sociales y los principios rectores. No cabe ninguna duda de que los principios, particularmente los reconocidos en el Capítulo III de la Constitución española, lejos de constituir meras fórmulas vagas y retóricas, permiten dar cobertura a acciones del Estado (y de los particulares) que contribuyen en cierto modo a limitar y orientar el alcance de ciertos derechos y libertades. En virtud del principio de unidad de la Constitución, los principios deben ser considerados entonces como pautas interpretativas que valen tanto para el legislador como para el juez en su actividad (STC 14/1992),

porque de esta aplicación interpretativa conjunta y articulada depende la aplicación de las principales cláusulas del Estado social<sup>57</sup>.

En el caso de la jurisprudencia del TC, los principios han servido en no pocas ocasiones como canon de validez de las normas sometidas a su control (SSTC 45/1989 y 222/1992). Sin embargo, esta utilización quedará difuminada cuando los principios mencionados expresen meras normas programáticas, particularmente cuando tales normas permitan una concreción del texto constitucional sujeto a criterios derivados del pluralismo y la oportunidad política que le es propia al legislador<sup>58</sup>. Lo contrario ocurrirá cuando estemos en presencia de auténticos derechos expresados en el Capítulo III de la Constitución, que al fin y al cabo obligarán de común al poder público a concretar el contenido de otros principios fundamentales (sobre todo la igualdad) o de garantizar instituciones seculares del Estado social, como la seguridad social<sup>59</sup>.

Sin embargo, queda claro que más allá de la labor que los jueces ordinarios lleven a cabo de acuerdo a los desarrollos configuradores que se realicen en el plano legislativo y jurisprudencial, los particulares no podrán, a través del amparo constitucional, articular pretensiones de reconocimiento de alguno de los derechos sociales a los que la Constitución española, en su art. 53.2, no ha cualificado mediante la tutela extraordinaria<sup>60</sup>. Cabría en todo caso un empleo excepcional en este ámbito, vinculando los derechos sociales a alguno de los preceptos que se encuentran entre los arts. 14 y 29 CE, lo que supondría la supeditación de aquellos a las peculiaridades propias del derecho fundamental de que se trate, cuya infracción se presupone que se habrá realizado por aplicación legal<sup>61</sup>.

Frente al dispar reconocimiento jurídico-constitucional de los derechos sociales de prestación, Porras Ramírez ha destacado el notable esfuerzo por tutelar, en los diversos ámbitos jurisdiccionales, aquellos intereses colectivos, en ocasiones considerados difusos, en tanto que reclamados en no pocas ocasiones por un conjunto indiferenciado de sujetos, y que no

constituyen derechos subjetivos propiamente, merecedores de una garantía individualizada y exclusiva<sup>62</sup>. Nos referimos a todos aquellos derechos-intereses que expresan la tensión existente entre una aspiración social, compartida solidariamente por una comunidad de individuos, y un bien común expresamente protegido por el ordenamiento jurídico (arts. 24.1 y 7.3 LOPJ).

Destaca, en este sentido, el reconocimiento constitucional de intereses expresamente seleccionados, referidos a la protección de la salud, del medio ambiente, del patrimonio histórico, cultural y artístico, o a la garantía de la seguridad de los consumidores y usuarios, todos ellos declarados en normas contenidas en el Capítulo III del Título I de la Constitución española<sup>63</sup>. En este ámbito, dado la potencial afectación que puedan sufrir los intereses citados, surge un derecho relacional de acceso a la jurisdicción ordinaria, del que los miembros de una colectividad organizada pueden deducir una pretensión común. Aunque en el recurso de amparo no parece factible esta operación, recientes avances jurisprudenciales en otros ámbitos materiales abren la posibilidad de una mejor protección constitucional de daños causados a una comunidad de sujetos<sup>64</sup>.

#### D. ASPECTOS SOBRE LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LOS DERECHOS SOCIALES: APROXIMACIÓN GENERAL

Hemos señalado en el anterior apartado que los particulares no podrán, a través del amparo constitucional, articular pretensiones de reconocimiento de alguno de los derechos sociales a los que la Constitución española, en su art. 53.2, no ha cualificado mediante la tutela extraordinaria.

Ello no quiere decir que tales derechos (y otros que se encuentran en la sección 1ª y 2ª del Capítulo II del Título I) no cuenten con garantías procesales en los diferentes órdenes jurisdiccionales ordinarios. Al fin y el cabo, el art. 24.1 CE señala que “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de

los jueces y tribunales en el ejercicio de sus *derechos* e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Con esta redacción, el constituyente, al igual que ha ocurrido en otros ordenamientos, trató de superar la idea de los derechos subjetivos como elemento determinante de la legitimación, que podría lastrar la tutela de intereses que también podrían servir para fijar en el fondo las posibilidades de acción jurídica de un determinado sujeto<sup>65</sup>. Además, el art. 53.3 CE reconduce la no justiciabilidad a los principios del Capítulo III de la CE, no a los derechos propiamente. Por todo ello, a continuación haremos un breve repaso a las posibilidades procesales de los derechos sociales en los distintos órdenes jurisdiccionales<sup>66</sup>.

Si tenemos en cuenta que una parte importante de los derechos sociales que reconoce la Constitución española tienen una naturaleza laboral o están vinculados con la seguridad social, resulta evidente que en el plano práctico el proceso laboral tiene una enorme relevancia a la hora de defender los intereses de trabajadores y afiliados a la seguridad social, en tanto en cuanto proporciona unos medios procesales rápidos y baratos para la defensa de intereses individuales y colectivos<sup>67</sup>. Y es que cualquier trabajador, por el mero hecho de afirmar dicha situación, litigará gratuitamente en el proceso laboral, sin someter su acceso al derecho a ningún umbral económico (art. 2 d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), como sí ocurre en el orden civil y contencioso-administrativo. Junto a ello, el sujeto accede a un proceso eminentemente oral (el ámbito civil y contencioso-administrativo también han mejorado en ese sentido, sobre todo en los procesos de menor entidad económica o relevancia jurídica) que lo hace simple, de fácil asimilación para los ciudadanos, que incluso podrían litigar por sí mismos.

Además, en el campo del proceso laboral, es importante recordar que la Ley contempla diferentes modalidades procesales (procesos especiales) que tratan de proteger concretos derechos laborales de enorme relevancia, fundamentalmente vinculados al derecho del tra-

bajo, derecho a la seguridad social, a la negociación colectiva, los conflictos colectivos y el derecho a la tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales<sup>68</sup>. Por otro lado, desde el plano de la legitimación, la Ley de Procedimiento Laboral contempla la participación de los sindicatos y de las asociaciones empresariales, tanto para la protección de los derechos e intereses que les son propios, como para la defensa de intereses individuales y colectivos (arts. 17.2 y 20.1 LPL, y 2.2.d) LOLS).

En el orden de lo contencioso-administrativo, volviendo a la cuestión de la tutela de intereses individuales y colectivos anteriormente aludida, cabe destacar en primer lugar el art. 19 h), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa (LJCA) que establece la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda ejercitar la acción popular, cuando así lo prevea la ley correspondiente. Ciertamente que este artículo no es más que un reflejo de lo previsto en el art. 125 CE, pero de sus preceptos se deduce que ésta no tiene lugar en todos los ámbitos del derecho administrativo. Esta acción se circunscribe así a la protección de determinadas situaciones jurídicas cuyos bienes jurídicos giran en torno a la cultura y patrimonio<sup>69</sup>, el medio urbano y el territorio ordenado<sup>70</sup>, el medio ambiente<sup>71</sup> y el demanio de uso público, lo que fácilmente nos sitúa en el ámbito de los derechos sociales y en el de una garantía que lógicamente, debe girar más allá de la tradicional individualidad procesal.

En cuanto a la ejecución de las sentencias administrativas y al proceso especial en materia de protección de derechos fundamentales, éste último regulado en los arts. 114 a 122 LJCA, simplemente señalar que cubre las expectativas del art. 53.2 CE, pero su incidencia en el campo que ahora nos situamos será menor, pues los derechos sociales previstos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución tienen poca incidencia en el orden contencioso - administrativo. Cuando la Administración es condenada por incumplimiento, es importante recordar que los arts. 103 a 113 de la LJCA prevén multas coercitivas para las autoridades, funcionarios o agentes que incumplen

los requerimientos del Juzgado o Sala e incluso la posibilidad de deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder (art. 112 LJCA).

En el orden civil, sin entrar a analizar la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), es importante señalar que en el campo de los derechos sociales, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establece en su art. 18.1 (tutela judicial y protección contra las represalias) que la tutela comprende “la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho”. En la misma línea, el art. 10 *ter* y la Disposición Adicional 3ª de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (al margen de otras acciones que prevé dicha ley), establece una acción de cesación frente a conductas de empresarios o profesionales contrarias a la ley que lesionan intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios.

En el marco de los derechos sociales también se ha puesto de manifiesto que los denominados “entes intermedios” tenían problemas para su intervención en el proceso civil<sup>72</sup>. Sin embargo, en lo que respecta a la capacidad, basta observar los arts. 6 y 7 de la LEC, para comprobar que dicha cuestión ha perdido en parte su razón de ser<sup>73</sup>. De este modo, se completan en este ámbito significativos avances, como el del art. 19 de la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad antes aludida, conforme al cual, además de la legitimación individual, “las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen”. Preceptos similares pueden encontrarse en la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las

personas con discapacidad<sup>74</sup>, también citada, y en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>75</sup>.

Para finalizar, desde el ámbito del derecho penal, los derechos sociales reciben una amplia atención, y ello es fácilmente comprobable con sólo ojear el catálogo de delitos del Código Penal que protegen, cada vez con mayor incidencia y determinación, cuestiones como el trabajo, la salud pública, el medio ambiente y diversos aspectos relacionados con el consumo o el patrimonio histórico y cultural. De la compleja adaptación a las circunstancias que requieren los derechos sociales a la legislación penal, únicamente queremos llamar la atención sobre las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico español en lo relativo a la parte acusadora<sup>76</sup>. Como se sabe, en el proceso penal español además del Ministerio Fiscal, puede intervenir el agraviado u ofendido por el delito, lo que permite la entrada de los sujetos afectados por el hecho criminal. El sujeto puede ser una persona física o jurídica. Pero en nuestro ordenamiento también es posible que junto a las anteriores partes también pueda intervenir cualquier ciudadano (español o comunitario) para la imposición de una pena, a través de la acción popular (ejercida por una persona física o jurídica), y siempre que se trate de delitos públicos, normativa cuyo fundamento hay que buscar en los arts. 125 CE, 19 LOPJ y 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>77</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES: CRISIS Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES

El presente trabajo ha pretendido analizar la cuestión de los derechos sociales desde una perspectiva que bien puede calificarse como iusrealista. El momento de crisis económica que actualmente vivimos, ha puesto de manifiesto la dificultad de seguir manteniendo la tesis dominante, según la cual parecía superada

la distinción dogmática entre derechos liberales de defensa, y derechos sociales prestacionales. El final de la Guerra Fría ha traído consigo un nuevo periodo histórico en el que se prescinde de la legitimidad democrática, como es el caso de la UE, y parece que se apela a una legitimidad jurídica que pretende hacerse fuerte en un reconocimiento universal de derechos donde se acumulan distintas generaciones, sujetos y niveles de garantía. La crisis está poniendo en entredicho la ilusión positivista de la pasión normativa del Estado del bienestar, que como en el caso español, ofrece derechos a cambio de votos en un contexto de crecimiento económico ficticio tendente a destruir cualquier forma social basada en un consumo responsable y un reparto de la riqueza más justo y solidario.

Las severas restricciones financieras y fiscales a las que en la actualidad se ven sometidos los países de la periferia europea, ponen de manifiesto la dificultad de considerar a los derechos sociales como una categoría normativa autónoma, con capacidad para satisfacer de forma inmediata la realización de los intereses individuales y colectivos<sup>78</sup>. Más al contrario, los derechos sociales, de naturaleza prestacional, requieren de la mediación de los poderes públicos para su cumplimiento, lo que resalta la dimensión objetiva de los mismos y su consideración como pretensiones jurídicas de los ciudadanos hacia las distintas Administraciones. Ello permite que en momentos de especial zozobra y falta de consenso sobre la asignación de recursos, puedan verse minorados o incluso que puedan desaparecer del ordenamiento jurídico, siempre que, como en el caso del Capítulo III de la Constitución española, se respete la institución o se mantenga un mínimo material asociado a su consolidación en el tiempo.

Efectivamente, la cuestión central de los derechos sigue residiendo hoy en día en el tema de sus garantías. En el presente trabajo hemos pretendido dar cuenta de los diferentes niveles de garantías de los derechos sociales, teniendo en cuenta que el modelo de Estado en el que se integran implica su reconsideración desde una perspectiva constitucional, es decir, vinculada con una dimensión democrática donde se trata

de conciliar la libertad y la igualdad. De este modo, se han distinguido entre las garantías relacionadas con las condiciones de realización de los derechos sociales, y lo que son propiamente las garantías jurisdiccionales y procesales de los mismos.

En cuanto a las primeras, se ha destacado la dificultad de desarrollar un control expreso de las omisiones del legislador en materia de derechos sociales o principios rectores de las políticas públicas, dada la ausencia de cauces procesales específicos para ello, lo que no impide reconocer avances en la aplicación del principio de proporcionalidad en la prohibición de defecto de protección, del mismo modo que ocurre con el desarrollo legal de los derechos fundamentales. Además, la más reciente actuación de los poderes públicos sigue demostrando la posibilidad de que se reconsideren las conquistas sociales (lo que incluye obviamente a los derechos), que se encuentran sometidas al imperativo fáctico de la reserva de lo posible. En todo caso, es importante señalar que la posible regresividad de los derechos sociales requiere una justificación en el orden de las prioridades políticas, y la aplicación de un estándar de razonabilidad donde se tengan en cuenta factores como la legitimidad, la idoneidad y la necesidad de las medidas adoptadas.

Sin duda, las cuestiones vinculadas a las condiciones de realización de los derechos sociales indican un pobre avance metodológico y dogmático en la materia en los últimos años. Ello se debe, en buena medida, a la fuerte influencia del fenómeno europeo, que progresivamente va mutando las estructuras constitucionales de los Estados miembros de acuerdo a una perspectiva en la que se pone al mercado por delante de los ciudadanos. En este recorrido, se van transformando, de acuerdo a imperativos materiales reguladores, las facultades subjetivas de individuos o grupos y las estructuras organizativas dispuestas para posibilitar el ejercicio de sus derechos privativos e intereses legítimos. Sin embargo, cabe apreciarse, en el ámbito de lo que son propiamente las

garantías jurisdiccionales y procesales, ciertos avances en materia de derechos sociales, al margen de la consabida limitación establecida en el art. 53.2 CE, que no los ha cualificado mediante la tutela extraordinaria del amparo constitucional.

Como bien se sabe, el pluralismo disolvente del Estado social ha implicado la toma en consideración de las circunstancias concretas de ciudadanos y grupos, siendo el sujeto promotor de los derechos ya no los grandes bloques sociopolíticos (clase obrera), sino colectivos impulsados por la satisfacción de sus necesidades o movimientos sociales aglutinados en torno a objetivos presentados como respuesta a las crisis contemporáneas. En este sentido, los diferentes órdenes jurisdiccionales han ido ampliando a través de distintas reformas legales y procesales la tutela de aquellos intereses difusos, de naturaleza colectiva, reclamados en no pocas ocasiones por un conjunto indiferenciado de sujetos, referidos a ámbitos como la salud, el medio ambiente, el patrimonio histórico o la garantía de la seguridad de los consumidores y usuarios. Con ello, se logra un mejor, aunque todavía insuficiente, equilibrio entre aquellos derechos e intereses derivados de una aspiración social y un bien común expresamente protegido por el ordenamiento constitucional.

Crisis y derechos sociales. Ambos conceptos demuestran la pesada carga que soportan los hombros del derecho cuando tiene que enfrentarse a la filosofía de la historia y de la experiencia, como demostró Marx en *La cuestión judía*. El ingrediente utópico de la cultura constitucional, que en los últimos años ha construido grandes dogmáticas de derechos fundamentales, parece derribarse como símbolo de un idealismo digno de los mejores empeños, expresión de sociedades que huyen hacia delante en la búsqueda de un orden político más justo y solidario, pero que muestran un autismo total por el origen de los conflictos sociales, políticos y económicos que ponen en cuestión sus fundamentos civilizatorios<sup>79</sup>.

## NOTAS

1. Josu de Miguel es profesor de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Mail: [jesusmaria.demiguel@uab.cat](mailto:jesusmaria.demiguel@uab.cat)
2. Idea contestada recientemente por BOGNETTI, G.: “Cos’è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin”, *Quaderni costituzionali*, nº 1, 2008 e inicialmente, desde una perspectiva completamente diferente, por NEGRI, A.: *La forma Estado*, Akal, Madrid, 2003.
3. GIANNINI, M.S.: *Il pubblico potere*, Il Mulino, Bolonia, 1986 caracterizó con razón al Estado social como una noción inútil, si se tenía en cuenta que la mayor parte del derecho público de la época comenzaba a confundirlo con el Estado del bienestar.
4. GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1985, p. 101.
5. LUHMANN, N.: *Teoría política del Estado del Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993, p. 31.
6. ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K.: *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
7. ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2003.
8. PAREJO ALFONSO, L.: “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000, p. 240 y ss.
9. GARCÍA HERRERA, M.Á. y MAESTRO, G.: *Marginación, Estado Social y Prestaciones Autonómicas*, Cedecs, Barcelona, 1999; CASSESE, S.: “La nuova costituzione economica”, en CASSESE, S. (a cura di): *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2007, pp. 291-301 y JESSOP, B.: *El futuro del Estado capitalista*, Catarata, Madrid, 2008, p. 55 y ss.
10. PIERINI, A.: *Federalismo e welfare State nell’esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzioni e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Giappichelli Editore, Turín, 2003, en especial pp. 185-210.
11. MIGUEL BÁRCENA, J. de: “La hora del autonomismo competitivo en el marco de la globalización y el proceso de integración europea”, en GARCÍA ROCA, J. y ALBERTI, E. (coords.): *Treinta años de Constitución. Congreso Extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 303-328.
12. CASCAJO, J.L.: “Los derechos sociales, hoy”, *Revista catalana de dret públic*, nº 38, 2009, pp. 21-42.
13. STC 247/2007. Sobre las cuestiones aludidas en el párrafo anterior, ver GAVARA DE CARA, J.A. (Ed.): *Los derechos como principios objetivos en el Estado compuesto*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010; GONZÁLEZ PASCUAL, M.I.: *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de derechos constitucionales*, IVAP, Oñate, 2007, y; LÓPEZ MENUDO, E.: “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 73, 2009.
14. MAESTRO BUELGA, G.: “El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 64, 2002, pp. 193 y ss.
15. FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004, para quien un derecho existe si las normas que lo contemplan han sido producidas por el legislador siguiendo las reglas procesales y de competencia previstas para su producción.
16. Ver las elaboradas construcciones de ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002 y PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
17. BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1992, p. 82 y ZOLO, D.: “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en CABO, A. de y PISARELLO, G. (Eds.): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2007, p. 97.

18. TOMÁS y VALIENTE, F.: “La resistencia constitucional y los valores”, en el Vol.: *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 4435-4445.
19. PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Ed.): *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 662 y 663 y COSSIO DÍAZ, J.R.: *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 175 y ss.
20. HABERMAS, J.: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1986.
21. SSTC 5/1981 y 16/1981, entre otras. JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 17 y 27 y PRIETO SANCHÍS, L.: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
22. TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004, Vol. 1, p. 51.
23. PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, *op. cit.*, p. 664.
24. Sobre estos, ver TAJADURA, J. (dir.): *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
25. La distinción de los cuatro grupos la realiza GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010, p. 40 y ss., a quien seguimos obviamente en esta cuestión.
26. GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 41.
27. GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op. cit.*, p. 26 y ss.; GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1984 y PAREJO ALFONSO, L.: *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, entre otros.
28. El concepto de igual libertad en LÓPEZ PINA, A.: *La Constitución territorial de España. El orden jurídico como garantía de la igual libertad*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2006, p. 73.
29. CABO MARTÍN, C. de: *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, p. 88 y ss. y CÁMARA VILLAR, G. (coord.): *Pensamiento crítico y crisis capitalista*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010.
30. Mandatos constitucionales de optimización, según la terminología de ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 483 y ss.
31. CRISAFULLI, V.: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffè, Milán, 1952, volumen en el que se encontraba el trabajo “Norme programmatiche della Costituzione”.
32. GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 49.
33. GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 215-217.
34. GAVARA DE CARA, J.C.: “El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, nº 69, 2007, p. 102. En general sobre este tema, ver VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 49 y ss. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general; derecho comparado; el caso español*, Civitas, Madrid, 1998.
35. DÍAZ REVORIO, F.J.: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en el Derecho Comparado Europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 61, 2001, pp. 81-30.

36. Ello sin que quepa, obviamente, una sustitución de las funciones del legislador por parte del TC, PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, *op. cit.*, p. 666.
37. Sobre el tema, ver GOMES CANHOTILHO, J. J.: *Direito constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 1089 y ss.
38. GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 53.
39. TAJADURA TEJADA, J.: “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales”, CORCUERA ATIENZA, J. (coord.): *La protección de los derechos fundamentales en la unión europea*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 443-465
40. VEGA GARCÍA, P. de: “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, 1998, pp. 13-56.
41. PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, *op. cit.*, pp. 60 y 61.
42. PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, *op. cit.*, p. 63.
43. BÖCKENFÖRDE, E.W.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 81 y ss.
44. GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 61.
45. LÓPEZ GUERRA, L.: “Las dimensiones del Estado social de Derecho”, *Sistema*, nº 38-39, 1980, p. 171 y ss.
46. GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op. cit.*, pp. 170-197.
47. PAREJO ALFONSO, L.: “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, *op. cit.*, p. 225. Desde una posición más matizada, pero con el mismo argumento de fondo, CÁMARA VILLA, G.: “Constitución económica y derechos sociales”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.): *Derecho constitucional*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2003, p. 258.
48. En especial, la STC 81/1982, donde se señala que “Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 CE de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo, debe entenderse que no puede privarse al trabajador *sin razón suficiente* para ello de las conquistas sociales va conseguidas”.
49. GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, *op. cit.*, pp. 60 y 61. En el mismo sentido, COBREROS MENDAZONA, E.: “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 19, 1987, p. 224.
50. PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, *op. cit.*, p. 65, que cita a BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, en lo relativo a los test de proporcionalidad en el ámbito de los derechos sociales.
51. Prioridades políticas que deben tener en cuenta que todas las categorías de derechos tienen un coste, HOLMES, S. y SUNSTEIN, C.: *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York/London, 1999.
52. LABRIOLA, S.: “Costituzione materiale e transizione”, CATELANI, A. y LABRIOLA, S. (a cura di): *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 239-278.
53. PAREJO ALFONSO, L.: “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, *op. cit.*, p. 227.
54. SOMEK, A.: *Individualism: An Essay on the Authority of the European Unión*, Oxford University Press, Oxford, 2008. Existe un magnífico comentario al libro, de MENÉNDEZ, A.J.: “Alexander Somek, *Individualism*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 86, 2009, pp. 371-380.

55. PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, *op. cit.*, p. 667; la dimensión objetiva de los derechos sociales, en general, GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, *op. cit.* y una perspectiva crítica a la separación estructural entre derechos de prestación y de defensa, en PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, *op. cit.*, en especial el capítulo 3.
56. ESCOBAR ROCA, G.: *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 71-76, que trae a colación diversos métodos interpretativos del texto constitucional (interna, sistemática, literal y auténtica). Según el citado autor, los arts. 43.1, 44.1 y 47 CE hablan de “derechos” y en la dogmática jurídica no hay otros derechos que los subjetivos, los cuales por definición son justiciables, de acuerdo al art. 24 CE.
57. PRIETO SANCHÍS, L.: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995, p. 42.
58. Inicialmente señalado por OTTO y PARDO, I. de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 48.
59. Sobre las garantías institucionales, ver JIMÉNEZ BLANCO, “Garantías Institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría. Tomo II, De los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 635 a 650.
60. De la ya clásica distinción entre derechos fundamentales, constitucionales y sociales elaborada por JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Derechos y garantías*, *op. cit.*, pp. 123-125.
61. Así, en las sentencias 62/2007 y 160/2007, el TC protege el derecho a la salud a través del derecho a la integridad física. LÓPEZ RAMÓN, F.: “Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 95, 1997.
62. PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, *op. cit.*, p. 669 y ss.
63. Sobre el derecho al medio ambiente, ver ARLUCEA RUÍZ, E.: *Conceptos ambientales básicos de la Constitución de 1978*, IVAP, Bilbao, 2004, pp. 149-204; la caracterización de la protección del patrimonio histórico como derecho social, en LASAGA SANZ, R.: “La protección del patrimonio artístico, histórico y cultural como derecho social”, en GARCÍA HERRERA, M.Á. (coord.): *Constitución y democracia, 25 años de Constitución y democracia en España*, Vol. 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 665-678.
64. El TC llega a decir en la Sentencia 361/2006, que el derecho al voto de los parlamentarios se incluye sin duda entre las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales respecto de las que los grupos parlamentarios ostentan la representación de sus miembros, por lo que cabría el correlativo reconocimiento de la lesión de un derecho de grupo. Sobre esta cuestión, ver GARCÍA- ESCUDERO MÁRQUEZ, P.: “¿Es posible repetir las votaciones parlamentarias? ¿Vota el diputado o el grupo parlamentario? A propósito de la STC 361/2006”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, 2007, pp. 611-631 y PULIDO QUECEDO, M.: “El grupo parlamentario como titular del ‘derecho de voto colectivo’”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 21/22, 2007.
65. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 112.
66. En esta parte seguimos fundamentalmente a COLMENERO GUERRA, J.A.: “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales”, *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, 2006, pp. 295-306.
67. Sobre los orígenes y la transformación de la legislación social en una legislación de previsión social en general, ver MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999.
68. Así, la Ley de Procedimiento laboral en los arts. 102 a 182, contempla, entre otros, el proceso de despido, vacaciones, materia electoral, clasificación profesional, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, seguridad social, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos y tutela de los derechos de libertad sindical.

69. La cultura es objeto de protección a través de la acción popular en el art. 8.2 de la Ley 16/85, de 25 de junio, de Patrimonio histórico español, que establece que “será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales Contencioso- Administrativo el cumplimiento de lo previsto en esta ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico español”.

70. Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, cuyo art. 304 establece el carácter público de la “acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativo, la observancia de la legislación urbanística y de los planes, proyectos, normas y ordenanza” y STC 102/95.

71. Sin posibilidad de ser exhaustivos, ver por ejemplo la Ley 22/1988, de 29 de julio, de costas, cuyo art. 109.1 establece acción popular “para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación”.

72. COLMENERO GUERRA, J.A.: “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales”, *op. cit.*, pp. 299 y 300. Los ejemplos extraídos a continuación pertenecen al mismo trabajo y al mismo autor.

73. Así, gozan de legitimación, además de las personas físicas y jurídicas tradicionales, el *nasciturus*, las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular, las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte, el Ministerio Fiscal, las sociedades irregulares, y ahora también, los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo componen estén determinados o sean fácilmente determinables, a los que se unen las asociaciones de consumidores o entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

74. Art. 19: “Las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación”.

75. Art. 31: “Las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico”.

76. COLMENERO GUERRA, J.A.: “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales”, *op. cit.*, p. 302.

77. STC 34/94, de 31 de enero respecto de la acción popular ejercida por una asociación naturalista en un delito de prevaricación. COLMENERO GUERRA, J.A.: “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales”, *op. cit.*, p. 302.

78. CABO, C. de: “El sujeto y sus derechos”, en APARICIO, M.A. (coord.): *Derechos constitucionales y formas políticas*, Cedecs, Barcelona, 2001, p. 24 y ss.

79. JUDT, T.: *Algo va mal*, Taurus, Madrid, 2010.



## RESUMEN

Los derechos sociales se encuentran gravemente amenazados por la mundialización económica que tiende a mercantilizarlos. La lógica económica de la globalización resulta incompatible con la lógica política y axiológica del Estado Social. En esta pugna los agentes económicos de la mundialización pueden imponerse sobre los Estados Sociales que, en última instancia, deben recurrir a aquellos para financiarse. La grave crisis económica mundial, cuyo origen se encuentra en la desregulación financiera, ha provocado una crisis de la deuda soberana, que ha exigido a los Estados una política de ajustes y reformas que puede comprometer el crecimiento económico y el empleo durante mucho tiempo, y afectar también negativamente a las políticas de derechos sociales. Así las cosas, la única respuesta válida es la respuesta conjunta de Europa en defensa de un modelo europeo de sociedad, que constituye su seña de identidad básica frente a Estados Unidos y las potencias asiáticas.

## PALABRAS CLAVE

ESTADO SOCIAL, GLOBALIZACIÓN, EUROPA SOCIAL Y DEMOCRÁTICA DE DERECHO, INTEGRACIÓN

## ABSTRACT

Social rights are seriously threatened by economic globalization, which tends to commodify them. The economic logic of globalization is incompatible with the political and axiological logic of the welfare state. In the midst of this struggle, the economic agents at work in globalization are able to assert themselves over welfare states, which ultimately rely on them for financing. The serious global economic crisis, with its origins in financial deregulation, has led to a sovereign debt crisis requiring of States a policy of adjustments and reforms that could well compromise economic growth and employment for a long time, and also adversely affect social rights policies. Given this, the only valid response is the joint response of Europe in defence of a European social model, which is its hallmark in the face of the U.S. and Asian powers.

## KEY WORDS

SOCIAL STATE, GLOBALIZATION, EUROPEAN SOCIAL AND DEMOCRATIC RULE OF LAW, INTEGRATION

# LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

Javier Tajadura Tejada

Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad del País Vasco

**Sumario:** 1. El Estado Social ante el reto de la globalización. 2. Razón económica vs razón política. 3. La sociedad de mercado. 4. La Europa Social y democrática de Derecho. 5. Reflexión final.

## 1. EL ESTADO SOCIAL ANTE EL RETO DE LA GLOBALIZACIÓN

El origen de la crisis del Estado Social puede situarse, sin dificultad, en los años setenta de la pasada centuria. El mundo desarrollado, desde el siglo XVI hasta los años sesenta del siglo XX, se había caracterizado por una tendencia, continua e ininterrumpida, de fortalecimiento de los Estados nacionales. Este proceso tuvo lugar con independencia de las características ideológicas de los Estados, especialmente a partir del siglo XVIII. El Estado cada vez era más capaz de definir el área y la población sobre las que gobernaba; disponía de mayor información para ejercer su soberanía y actuaba de forma que pudiera desarrollar una actividad administrativa cada vez más eficaz. Es decir, que adquiriría conocimientos, conquistaba poder y ensanchaba sus ambiciones y la gama de iniciativas y responsabilidades que había decidido asumir. Como nos recuerda el insigne historiador británico, E. Hobsbawm, el Estado “antes que nada, asumió el monopolio de la ley, la transformó en ley del estado; luego la política se convirtió en política nacional y todas las demás formas fueron subordinadas a

ella o se hicieron depender de ella. Finalmente, el estado emprendió una amplia gama de actividades: desde la posesión de un ejército —por lo menos a partir del siglo XVII— hasta gestionar las industrias y planificar la economía toda, de tal suerte que ya nada escapaba a su control”. La tendencia de los Estados a incrementar su precisión, su conocimiento, su capacidad técnica, su poder y sus ambiciones, continuó ininterrumpidamente, incluso durante el periodo de la política del liberalismo mercantil hasta finales de los años sesenta del siglo XX. Entonces este proceso alcanzó su apogeo, de modo que eran muy pocas las materias que escapaban al control del Estado<sup>1</sup>.

Ahora bien, a partir de los años sesenta del siglo XX esa tendencia se agotó. “No sé si se ha invertido —señala Hobsbawm— pero lo cierto es que se ha agotado el impulso que la movía. Pero entendámonos, lo que se reduce no es el poder del estado, por lo menos en teoría. Hoy en día, su capacidad de saber y controlar cuanto ocurre en su territorio es mayor que nunca<sup>2</sup>. Lo que ocurre es que, aunque el Estado no haya perdido poder, sí ha perdido el monopolio de los medios de coerción, ha sufrido un deterioro del orden público, y ha vis-

to cómo se institucionalizaba la protesta social hasta el punto de que, como advierte el ilustre historiador al que seguimos en esta exposición, “los ciudadanos están menos dispuestos a obedecer las leyes del Estado de lo que lo estaban en el pasado”<sup>3</sup>. Si esto, que puede ser aplicable a la inmensa mayoría de los Estados desarrollados de Europa, los Estados constitucionales, resulta sumamente preocupante<sup>4</sup>, qué decir de aquellas otras zonas del mundo en las que tiende a desaparecer cualquier traza de Estado<sup>5</sup>. La toma de conciencia de esta realidad, de esta crisis del Estado, lleva a E. Hobsbaum a formular una conclusión que compartimos plenamente: “Una de las grandes cuestiones que se yerguen frente al siglo XXI es la interacción entre un mundo en el que existe el Estado y otro en el que no lo hay”<sup>6</sup>.

Este fenómeno se ve potenciado en el actual proceso de mundialización o globalización y reforzado por la ideología neoliberal, dirigida explícitamente contra el Estado con el fin de debilitarlo y de invertir deliberadamente la tendencia histórica de que su papel en la economía fuera cada vez más importante, y, de un modo general, de debilitarlo en todas sus funciones<sup>7</sup>. El derrumbe del bloque comunista a finales de los años ochenta aceleró vertiginosamente ese proceso de debilitamiento del Estado y de la política. Al desaparecer la política de bloques, el Estado nacional dejó de tener sentido. En este contexto, lo que se nos propone “es abandonar aquel viejo modelo y, de manera pronta, poner(nos) a trabajar en la construcción de la llamada ‘aldea global’”<sup>8</sup>. Es precisamente este concepto de “aldea global” el que resulta radicalmente incompatible con el Estado Constitucional como forma histórica de convivencia y como instrumento de emancipación humana.

“Al producirse el desmantelamiento del sistema comunista —escribe el profesor Ruipérez— y, con ello, haber desaparecido del horizonte político el clima de ‘guerra fría’, aparecerá la idea de que los esquemas conceptuales del viejo Derecho Constitucional, nacido en el marco de una realidad social hartamente distinta, pierde todo su significado y sentido.

Siendo así, lo que se nos propondrá es la sustitución del, según dicen, acabado modelo por uno nuevo, que sea capaz de organizar la convivencia en una sociedad única para todo el orbe. El Estado nacional, afirmarán, deberá ser sustituido, no ya por aquel ‘Estado continental’ que, aunque comenzado a defender en los primeros años del siglo XX, alcanzaría su máxima expresión en la Europa de la segunda posguerra, y que, en cualquier caso, se presenta ya como un molde estrecho y raquítico para las necesidades contemporáneas, sino por la aldea global”<sup>9</sup>.

Aunque el proyecto de crear una estructura política mundial única no sea novedoso y cuente con relevantes antecedentes en la historia del pensamiento, por lo que a nuestro tema interesa, baste subrayar que la tesis de la aldea global renace con inusitada fuerza en los últimos años de la pasada centuria. Y lo hace en un contexto determinado por dos circunstancias que es preciso tener muy presentes. De un lado, la victoria electoral de Thatcher en el Reino Unido y de Reagan en los Estados Unidos; de otro, el ascenso a la secretaría general del PCUS de Gorbachov y la puesta en marcha de la ‘Perestroika’, proceso que, si bien perseguía la modernización del sistema comunista, para lo que en realidad sirvió fue para alcanzar su definitiva aniquilación.

En todo caso, lo cierto es que desde los más diversos espectros políticos, la mundialización se va asumiendo de manera acrítica como un proceso no solamente inexorable e irreversible, sino también positivo. Y en la medida en que el proyecto de creación de una aldea global acaba configurándose como algo positivo, en él se embarcaron las derechas y las izquierdas<sup>10</sup>.

En este contexto, muchos son los juristas que se han aventurado ya a certificar por su cuenta y riesgo la defunción del sistema de Westfalia, entendiendo por tal aquel modelo político que surgió tras la guerra de los Treinta Años (1648) sirvió para sentar las bases del Derecho Público moderno. Fue entonces cuando asumió el Estado, desde el punto de vista del derecho interno, el monopolio de la legislación y de la jurisdicción; y cuando, des-

de la perspectiva del derecho internacional, se convirtió en el único sujeto y en protagonista indiscutible. Ello implicaba que, directa o indirectamente, toda regulación jurídica, ya fuera interna o internacional, encontraba siempre en el Estado su referente básico y principal.

La situación hoy es muy distinta. Nadie podrá negar hoy que, junto al derecho estatal, creado conforme a los principios democráticos del Estado Constitucional, existe un inmenso corpus normativo producido extra muros del Estado que está integrado por numerosas reglas de dudosa condición democrática y que obedecen y responden a exigencias de la razón económica. Y tampoco podrá negarse que son estas últimas las que operan e inciden de manera mucho más decisiva en el sentido y calidad de nuestras vidas. El Estado ha dejado de ostentar no sólo el monopolio de la legislación sino también, en cierto modo, el de la jurisdicción. El auge del procedimiento arbitral, sobre todo en la contratación internacional, es una buena prueba de ello. Y probablemente como consecuencia inexorable de lo anterior, el Estado ha acabado renunciando también al monopolio de la violencia física legítima, en el cual viera Weber una de sus señas de identidad básicas. En España, durante el gobierno Aznar, el número de guardias privados de seguridad superó al de efectivos de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado<sup>11</sup>.

Esa renuncia al monopolio de la violencia ha provocado conmociones notables en la escena internacional. Hoy en día asistimos a guerras declaradas por los Estados a entes no estatales, las organizaciones terroristas transnacionales. Y contemplamos también que la conducta de muchos Estados, aun los más poderosos, viene condicionada, e incluso determinada, en muchas ocasiones, por los intereses de los poderes privados representados por las grandes corporaciones multinacionales. Poderes cuya influencia real en las relaciones internacionales supera ampliamente la ejercida por numerosos Estados del Planeta<sup>12</sup>.

En este contexto, por tanto, no podemos sorprendernos de que haya juristas que hablen del ocaso de Westfalia, pero sí debemos mos-

trar nuestra perplejidad cuando algunos de ellos olvidan advertir las dramáticas y fatales consecuencias que el final del modelo de Westfalia, inevitablemente, provoca. El profesor De Vega se ha hecho eco de ellas con palabras claras y rotundas: “No se puede ni se debe ignorar que, cuando las normas que se generan extramuros del Estado, esto es, en los ámbitos regidos por la *lex mercatoria* propia de la mundialización económica, entran en colisión con las normas producidas democráticamente en los ámbitos del Estado, la tensión entre economía y política, entre razón económica y razón política, queda automáticamente transformada, se quiera o no, en la pavorosa confrontación entre democracia y antidemocracia, entre despotismo y libertad”<sup>13</sup>.

## 2. RAZÓN ECONÓMICA VS RAZÓN POLÍTICA

La creación de una aldea global como marco de referencia alternativo al del Estado supone, pura y simplemente, la sustitución de la lógica política democrática por la lógica económica de la globalización<sup>14</sup>.

La ruptura del nexo fundamental Estado-nación-mercado; esto es, de la simetría entre el espacio político configurado por el Estado nacional y el espacio económico determinado por el mercado global, ha provocado una pérdida notable de la soberanía de los Estados en la determinación de sus políticas económicas. Realidad esta que nadie está en condiciones de desmentir. La dimensión internacional de los mercados provoca que los Estados no dispongan ya de los instrumentos que las Constituciones nacionales ponían tradicionalmente en sus manos para dirigir globalmente el proceso económico. La liberalización completa del mercado de capitales, la liberalización del comercio de bienes y servicios, la ruptura del vínculo que unía a los Estados con las empresas, los procesos de deslocalización de las grandes corporaciones multinacionales y el gobierno efectivo del ciclo económico mundial por

parte de estas últimas “han mutado los presupuestos para un gobierno político-estatal de lo económico”<sup>15</sup>.

El resultado de todo ello es bien conocido: privatización del sector público de la economía, pérdida del control de la política monetaria, crisis del sistema fiscal dada la dimensión nacional de la imposición y la dimensión internacional de la riqueza, flexibilidad y precariedad del trabajo, etc. En definitiva, y como ha señalado el profesor Mercado Pacheco, a lo que todo lo anterior nos ha conducido ha sido a la “instauración de una nueva forma de gobierno de la economía no antagonista con los imperativos de la globalización”<sup>16</sup> pero radicalmente contraria, y absolutamente incompatible, añadimos nosotros, con los principios del constitucionalismo moderno. Forma de gobierno de la economía en la que, lamentablemente, los derechos sociales van a ocupar un lugar muy residual.

Como ha recordado el profesor De Vega, es cierto que son muchos y muy encomiables los intentos intelectuales de humanizar la globalización; esto es, de dar un sentido político y moral al proceso de mundialización económica. Entre ellos destacan muy particularmente los de aquellos que, partiendo de la consideración de la globalización económica como un hecho irreversible, apelan a la configuración de formas de organización políticas universales. Ahora bien, todas esas construcciones intelectuales entre las que la obra de David Held<sup>17</sup> ocupa un lugar muy destacado, por no abordar las verdaderas causas del problema que nos ocupa, difícilmente van a proporcionarnos respuestas operativas y eficaces para resolver la crisis actual de la democracia constitucional. Todas estas propuestas olvidan, interesadamente o no, que la pérdida de espacios políticos en el seno del Estado no se ha producido por una incompatibilidad entre la realidad económica mundial y las realidades políticas geográficamente limitadas. Esto es, el problema no viene determinado por la mayor o menor extensión de una y otras. Si así lo fuera, la solución propuesta, ampliar el marco de la realidad política, tendría su sentido. Ocurre, sin embargo,

que la incompatibilidad que subyace entre la mundialización económica y el Estado no es cuestión de límites espaciales, sino mucho más profunda. Se trata de la incompatibilidad existente entre la lógica del Estado que es la lógica de la política, esto es la de los valores, y la lógica de la vida económica, que es la del cálculo y de la ganancia<sup>18</sup>. Ampliar el ámbito de la organización política supondría, por tanto, única y exclusivamente, en el mejor de los casos, trasladar ese conflicto al nuevo ámbito así surgido, pero en modo alguno implicaría su resolución.

El reto que la globalización y la crisis del constitucionalismo nos plantea no es otro que el de la desmercantilización de la sociedad. Es preciso anteponer las necesidades de las personas a las exigencias de los mercados. Y ello por ser una exigencia derivada de la dignidad del ser humano, principio éste que se configura como el presupuesto axiológico de todo Estado Constitucional<sup>19</sup>. Como ha subrayado el profesor De Vega, “porque en el proceso de mundialización de los mercados todo se transforma en mercancía (incluso el propio Estado y los comportamientos políticos) *es la esencia misma de la mundialización la que choca frontalmente con la esencia del Estado y de la política*”<sup>20</sup>.

En un Estado Social, los derechos, en modo alguno pueden configurarse como mercancías. Y esto es el riesgo real que corren numerosos derechos. Y no me refiero solo a derechos sociales como “una vivienda digna y adecuada” (art. 47 CE) y otros que pueden estar en la mente de todos, sino que la mercantilización se ha extendido a todos los ámbitos del Estado, incluso a aquellos que ni siquiera los liberales del siglo XIX pudieron imaginar. Tal es el caso de la seguridad pública. Lo de menos es poner de manifiesto el dato de sobra conocido de que el número de agentes privados de seguridad sea superior al de los efectivos públicos. Lo que importa subrayar es que, de esa forma, la seguridad misma ha dejado ser concebida como un bien común y se ha convertido ya en una mercancía más, en un producto que se compra y que se vende en el mercado<sup>21</sup>. La economía de

mercado crea una sociedad de mercado donde los derechos sociales difícilmente tienen cabida.

### 3. LA SOCIEDAD DE MERCADO

Retomando la acertada afirmación del profesor De Vega de que en el proceso de mundialización de los mercados todo se transforma en mercancía, debemos analizar brevemente las causas y consecuencias de tan grave fenómeno.

Así, y con relación a las primeras, podemos afirmar que la crisis del Estado Social y de los derechos sociales no puede explicarse, únicamente, en función de los cambios operados en la realidad económica. Sin poner en cuestión su decisiva importancia como factor crucial para explicar la crisis actual del constitucionalismo social, no creo sin embargo que dicha crisis pueda explicarse y comprenderse, exclusivamente, desde esa perspectiva; esto es, desde la economía. Comparto con el profesor Mercado Pacheco la convicción de que, para que la economía se haya convertido en elemento explicativo del cambio de paradigma y en definitiva de la crisis del constitucionalismo social, ha sido precisa la transformación del ‘imaginario’ colectivo, esto es del complejo de ideas, convicciones, razones y pasiones, que sobre el hombre y el mundo, guían la cultura y la política<sup>22</sup>. “Estoy convencido —escribe el autor citado— de que la apoteosis de lo económico a la que asistimos es el triunfo no tanto del neoliberalismo y de las políticas de desregulación, de privatización de los derechos sociales y de los servicios públicos, sino (...) de aquel imaginario que representa la vida social como un espacio de mercado aunque no existan transacciones mercantiles”; esto es, el triunfo de la sociedad de mercado. Entendiendo por sociedad de mercado aquella en la que el mercado se constituye “en paradigma de toda acción política y social”<sup>23</sup>.

Las consecuencias del establecimiento de este modelo de sociedad son las siguientes:

a) En primer lugar, la redefinición de la frontera entre el sector mercantil y el no mercantil de la economía, en el sentido de que determinados bienes y servicios que antes se consideraban imprescindibles y esenciales para la sociedad, y que, dado que el mercado no estaba en condiciones de proveer, eran organizados y suministrados por el Estado, han entrado ya en el ámbito de la competencia mercantil: la energía, los transportes, las comunicaciones, los servicios postales, la educación, la seguridad pública, etc<sup>24</sup>.

b) En segundo lugar, la sociedad de mercado implica la conversión del trabajo y de la experiencia del trabajo en una variable cada vez más dependiente del mercado<sup>25</sup>. El principio de vertebración y legitimación de nuestro mundo ya no es el trabajo sino el consumo.

c) En tercer lugar, la sociedad de mercado desvaloriza la decisión política e impone la sustitución del gobierno democrático de la economía por un gobierno técnico mundial del mercado también mundial que no es otra cosa que la dictadura de las grandes corporaciones transnacionales que como denunciaba Pedro De Vega, amenaza con convertirse “en la verdadera constitución material de todos los Estados”<sup>26</sup>. Y es que, efectivamente, esa redefinición de las fronteras entre lo público y lo privado va a tener consecuencias nefastas sobre el principio democrático. La retórica neoliberal justifica el proceso de mercantilización en nombre del principio de eficacia, que según ella se ve favorecido por el sistema de libre competencia. Ahora bien, lo que importa es subrayar que para el neoliberalismo actual lo verdaderamente relevante no es tanto la titularidad, pública o privada, de los servicios en cuestión, como la forma en que dichos servicios se prestan y los principios que rigen su gestión. Dicho con otras palabras, los servicios podrían continuar siendo de titularidad pública y haberse mercantilizado por la forma de gestionarlos<sup>27</sup>.

“La crítica neoliberal al proceso de administrativización de las pretensiones e intereses sociales en el modelo del Estado del bienestar —escribe Mercado Pacheco— se ha construi-

do sobre la base de que la burocracia se combate con técnicas de mercado. La Administración es, sólo puede ser, administración de empresas<sup>28</sup>. Es así como se opera la transformación del Estado en una empresa. Por un lado, se privatizan todas aquellas funciones que el Estado no debe desempeñar de modo exclusivo. Por otro, se somete a la Administración Pública a los criterios de eficiencia, economía, flexibilidad, y competitividad propios del mundo empresarial. En este contexto no importa que un hospital o una escuela sean de titularidad pública o privada; lo relevante es que sean gestionados conforme a criterios mercantiles. Así las cosas, y transformado el Estado en una empresa, nada tiene de extraño que el ciudadano quede convertido en un mero cliente, consumidor o usuario.

Ahora bien, a pesar de su aparente novedad y como han advertido, con lucidez y acierto, los autores a los que seguimos en nuestra exposición (De Vega, Ruipérez, Mercado Pacheco) este discurso tiene poco de original. En la Era Global, lo que el neoliberalismo tecnocrático pretende, resucitando el mito del mercado como el escenario propio de las leyes naturales y benéficas, es legitimar la subordinación de la política a la economía, finalidad esta perseguida ya por el liberalismo clásico: “Si la economía es natural, entonces lo que hace falta son los expertos que estudien y describan sus leyes, no los políticos inmersos en guerras ideológicas: el gobierno técnico-económico es el lugar de la neutralidad y del cálculo racional de los expertos<sup>29</sup>.”

La aldea global que se nos propone como organización social mundial (mercado mundial) recuerda mucho al sistema político liberal. En este sentido, resulta tributaria de aquella concepción del mundo que condujo al Estado liberal a su definitivo derrumbe, y a su sustitución por el Estado Social, en la segunda posguerra mundial. Y es que, efectivamente, como con meridiana claridad y acierto pleno han puesto de manifiesto los profesores De Vega y Ruipérez, el neoliberalismo tecnocrático resucita la falacia fisiocrática que inspiró la construcción del Estado liberal<sup>30</sup>. La con-

cepción liberal partía de la consideración de la sociedad y del Estado como dos realidades no sólo distintas y separadas, sino también enfrentadas. A cada una de ellas se le reconocía la capacidad de regularse autónomamente. Surgió así junto a la Constitución, como Estatuto fundamental de lo público, el Código Civil, como Estatuto fundamental de la Sociedad<sup>31</sup>. Ahora bien, la valoración que se hacía de esas dos realidades era muy diferente: se afirmará a la sociedad como una entidad natural donde reina la libertad, mientras que el Estado, surgido del contrato y, como tal, una creación artificial, será combatido como el enemigo de la libertad y el reino de la arbitrariedad.

Los liberales clásicos resolvieron así el conflicto entre sociedad y Estado recurriendo al mito del orden natural, según el cual “hay un orden inmanente al mundo del que la sociedad participa y que permite explicarla como una creación espontánea y ajena a cualquier tipo de consideraciones políticas<sup>32</sup>”. De esta forma, los filósofos y economistas escoceses, con Ferguson a la cabeza, llevaron a cabo la más profunda revisión de la función de la Política desde los tiempos de Aristóteles. “La explicitación y concentración de la idea de sociedad civil en las actividades de producción y de cambio de bienes materiales, presididas por la mano invisible del mercado —escribe Pedro De Vega— implicaba la revisión más profunda producida en la historia de las funciones de la política y del poder, tal y como se habían planteado desde los tiempos de Aristóteles. El poder soberano del Estado dejaba de ser el regulador del orden social y de la convivencia, que pasaban a entrar en la esfera del orden natural en el que mítica y milagrosamente se armonizaban las pasiones e intereses de los hombres<sup>33</sup>.”

Partiendo de esas premisas, el objetivo pretendido por los liberales no era otro que asegurar a los individuos el mayor grado de libertad posible. Libertad que disfrutarían en el ámbito de la sociedad y frente al Estado. Dos fueron los medios arbitrados para lograr tal finalidad. Por un lado, se dotó a la sociedad del mayor grado de autonomía posible. Por otro, se subordinó el Estado a la sociedad civil de modo

que aquel quedó reducido al papel de “vigilante nocturno” (Lasalle) cuya única actividad era asegurar a los burgueses el pleno disfrute de sus derechos de libertad y de propiedad<sup>34</sup>.

En este contexto, lo de menos es denunciar las fatales consecuencias que todas esas míticas construcciones provocaron así como la completa falsedad de las mismas. Nadie en su sano juicio puede sostener seriamente que, confiando el desarrollo del capitalismo a la mano invisible del mercado, se derivará un creciente bienestar para todos, por la sencilla razón de que, como nos advierte Pedro De Vega, la realidad y la historia nos han demostrado lo contrario: “A partir de las actuaciones proletarias de 1830 y 1840 queda patente que las desigualdades y egoísmos sociales, lejos de traducirse en beneficios públicos y a través de la competencia social, lo que generan realmente son injusticias y desigualdades cada vez mayores. Es entonces cuando la concepción liberal burguesa sufrirá una conmoción notable(...)La imagen de la sociedad como un todo homogéneo donde existen intereses comunes, se sustituye por una versión hobbesiana de confrontación y lucha de intereses irreconciliables”<sup>35</sup>.

Lo que nos importa es subrayar que, el discurso de los neoliberales presenta una diferencia notable con respecto al de los liberales clásicos. Dan un paso más con unas consecuencias mucho más graves. Aunque los viejos liberales subordinaban el Estado a la sociedad, ello se hacía, sin embargo, reconociendo la autonomía de lo político respecto de lo económico<sup>36</sup>. Y esta autonomía de la política es justamente la que desaparece con la globalización puesto que los neoliberales proceden al sometimiento de la política a las exigencias y los dictados de la razón tecnocrática e instrumental<sup>37</sup>. Razón ésta que explica que todas las grandes medidas en la política económica y social se hayan legitimado por ser las únicas posibles<sup>38</sup>.

Si, como hemos dicho, fue la realidad la que vino a desmentir la utópica construcción liberal, es esa misma realidad la que desmonta la idílica utopía del neoliberalismo tecnocrático. El mercado mundial que, por haberse construido sobre la base de una idea de socie-

dad como algo contrario al Estado, ha pasado a regirse por unas leyes propias, e innecesario debiera ser recordar que en modo alguno democráticas, lejos de proporcionar a la Humanidad mayores cotas de bienestar, lo que ha provocado es un crecimiento desmesurado de las desigualdades y de la miseria. En modo alguno resulta exagerado afirmar, como lo hace el profesor De Vega que, “como contrapunto a la nueva Arcadia del crecimiento, aparece el hecho pavoroso de la universalización de la miseria y del hambre que recorre en paralelo a la universalización de los mercados más de las tres quintas partes del planeta”. Y, a su vez, continúa el Catedrático de la Universidad Complutense, “incluso dentro de los países más desarrollados, como secuelas lacerantes y corolarios inevitables del sistema, adquieren de día en día más intensidad fenómenos tan hirientes como la marginación y el paro estructural. Si a ello se añaden los hechos generalizados de violencia, corrupción, polución y destrucción del medio ambiente, inseguridad ciudadana, y un largo etcétera que no vale la pena recordar, a nadie en su sano juicio se le ocurriría pensar que su vida transcurre en el mejor de los mundos posibles”<sup>39</sup>.

El reto que la globalización nos plantea no es otro que el de la desmercantilización de la sociedad. Es preciso anteponer las necesidades de las personas a las exigencias de los mercados. Esta idea está implícita en nuestra Constitución donde con toda claridad se subordina el progreso de la economía (un medio o instrumento) a la finalidad de asegurar a todos “una digna calidad de vida”. En una sociedad democrática avanzada<sup>40</sup>, los derechos, en modo alguno pueden configurarse como mercancías, como ocurre por ejemplo con la vivienda. Lo que la Constitución nos exige, en definitiva, y aquí reside su contradicción básica con la teoría y la práctica de la mundialización, es subordinar la economía a la política.

Tal es el sentido y la función de los derechos sociales, tal y como se recogen en nuestro Texto Constitucional, como con meridiana claridad y acierto pleno, lo ha subrayado el profesor López Pina: “Los Principios rectores —escri-

be el Catedrático de la Universidad Complutense— contribuyen a delimitar el marco natural y el espacio material de lo público que el constituyente ha querido acorazar frente a vacilaciones o veleidades de las mayorías parlamentarias. Las tareas públicas han variado con la Historia. Sin embargo, el núcleo esencial del Estado, es decir, el espacio de lo público que precisa indispensablemente una Sociedad para integrarse y realizarse en segura e igual libertad, no puede depender de la coyuntura. Este ámbito de lo público viene determinado si, de un lado, por la misión del Estado de garantía de la paz exterior e interior, garantía del Derecho, la tutela de los derechos y libertades, el bienestar y la cultura; de otro, por los Principios rectores como condición material del estatuto público de la economía de mercado, las relaciones laborales y la opinión pública. Con los Principios rectores, el constituyente quiso acotar un espacio de política constitucional al abrigo de todo decisionismo, en el que sea posible el ejercicio de la segura e igual libertad sin dependencias ajenas a la voluntad autónoma de los ciudadanos<sup>41</sup>.

En similares términos, se pronuncia el profesor Peces-Barba. “Existe un consenso generalizado en nuestro tiempo —escribe el que fuera Ponente constitucional en representación del Partido Socialista Obrero Español— de que la sanidad, la seguridad social, la vivienda, la educación y la cultura son necesidades básicas que deben ser satisfechas (...) los criterios culturales ya señalados se concretan en el texto constitucional en el Título I, Capítulo III, en lo que se llaman principios rectores de la política social y económica (...) Todos estos principios, que son normas jurídicas que tienen como destinatarios a los poderes públicos, son desarrollo del valor superior igualdad, en su dimensión material. La actuación del legislador, del Gobierno y del juez tiene que orientarse a la realización de esos objetivos. Parece que son un programa suficiente de igual desarrollo de las necesidades básicas de los ciudadanos que ocupará a todos los poderes públicos en las próximas décadas. Nuestra sociedad está aún muy lejos, en esos campos, de haber produ-

cido una igual satisfacción de las necesidades básicas”<sup>42</sup>.

Ahora bien, ante los desafíos de la globalización, el sistema de garantías propio del Estado Constitucional, ha dejado patente sus insuficiencias y limitaciones. La constitución económica ha sido profundamente alterada sin intervención del poder de reforma a través de mutaciones de dudosa legitimidad.

Y esa nueva Constitución económica producto de la globalización ha conducido a los Estados europeos a la mayor crisis económica y financiera desde la gran depresión. El origen y causa, directa e inmediata, de la gran crisis económica del siglo XXI ha sido y es la desregulación financiera.

Ahora bien, se trata de un problema cuya magnitud y gravedad impiden a los Estados aisladamente enfrentarse al mismo. La respuesta tiene que ser colectiva. Y por lo que a España se refiere, europea. Europa es la solución puesto que es el ámbito en el que se puede configurar la decisión política basada en valores, garantizadora de derechos sociales, y reguladora del mercado.

En definitiva, en el escenario actual, sumamente peligroso para el futuro de la democracia y del Estado Constitucional, *el proceso de construcción europea puede y debe concebirse como la respuesta democrática a la crisis del Estado nacional*. El Estado Social y la garantía de los derechos sociales en un solo país han dejado de ser posibles, y ello exige su refundación en una comunidad política superior capaz de imponer sus principios, valores y normas a los agentes económicos de la mundialización en general, y a los mercados especulativos en particular.

De lo que se trata es de hacer realidad la “Europa social y democrática de Derecho” teorizada por el profesor Jimena en un libro ya clásico y que constituye una referencia indispensable en este ámbito<sup>43</sup>.

#### 4. LA EUROPA SOCIAL Y DEMOCRÁTICA DE DERECHO

El proyecto europeo ha sido un éxito y la razón de esa afirmación no es otra que el hecho de que la guerra ha sido definitivamente desterrada del escenario europeo. La posibilidad de un conflicto armado entre Francia y Alemania ha desaparecido por completo. Ahora bien, las nuevas generaciones dan ya por logrado ese objetivo y exigen hoy a la Unión otro relato explicativo de su función histórica. En definitiva, lograda ya la durante tantos siglos anhelada paz civil europea, los ciudadanos de la Europa del siglo XXI buscan otro argumento que explique y justifique el proyecto de integración, reclaman el conocimiento de las razones no ya históricas, sino actuales —esto es, basadas en la realidad política del presente— por las cuales deberían renunciar al principio de soberanía nacional en beneficio de una nueva construcción política: la Unión Europea.

La realización de los principios y valores del constitucionalismo social debiera asumir un protagonismo esencial en este nuevo relato. La Europa de la paz debe conjugarse con la Europa de la sociedad del bienestar.

Por ello, desde nuestro punto de vista, no resulta complicado explicitar ese nuevo y necesario relato. Lograda la paz, Europa necesita alcanzar su unidad política para ser capaz de hacer frente a los desafíos de la mundialización. El Estado nacional es incapaz ya de dar respuesta por sí solo a algunos de los retos que la globalización le plantea. Los derechos sociales deben garantizarse a nivel europeo.

Los Estados europeos dejaron de ser materialmente soberanos hace mucho tiempo. Con un solo ejemplo creo que puede entenderse lo que quiero decir. A lo largo del proceso de integración europea se han producido una serie de hitos significativos. El Tratado de Maastricht fue uno de ellos. En ese Texto se sentaron las bases de la Unión monetaria, esto es de la creación de una moneda única, e igualmente, de una política monetaria común, cuya dirección se atribuyó al Banco Central Europeo. Como

es bien sabido, Bodino, el creador del concepto de soberanía, al referirse a los atributos del soberano, entre otras cosas advirtió que soberano es quien da valor a su moneda. Y, efectivamente, podría entenderse que en 1992 los Estados miembros renunciaron a su soberanía monetaria, en beneficio del Banco Central Europeo. Ocurre, sin embargo, que la realidad es más bien la contraria. Esto es, los Estados cuyas monedas estaban sometidas a la presión de los especuladores internacionales, renunciaron a ellas a cambio de dotarse de una moneda más fuerte y estable frente a las presiones exteriores. Lo que en definitiva viene a significar que, con aquella decisión, los Estados no debilitaron su soberanía sino que la fortalecieron. El ejemplo aludido, que podría ser confirmado por otros muchos, nos pone claramente de manifiesto que el proceso de integración europea, lejos de debilitar a los Estados, los fortalece. Ahora bien, estos ya no toman las decisiones en el ámbito nacional sino a escala europea.

Desde esta perspectiva, podemos alegar una serie de argumentos claros y contundentes de por qué Europa debería unirse políticamente:

a) En primer lugar, desde un punto de vista formal, la soberanía de los sujetos de Derecho Internacional se encuentra limitada en el contexto de la propia comunidad internacional habida cuenta de que ningún Estado europeo puede ya por sí solo influir decisivamente en el acontecer político internacional. En este contexto, el orden mundial del futuro será un orden multipolar en el que junto a Estados Unidos y China, Japón, Rusia, Brasil e India ocuparán un lugar destacado. Una Europa desunida quedará relegada a la condición de espectadora de ese nuevo orden y sólo puede aspirar a tener un papel protagonista en la medida en que se presente como una unidad de acción y de decisión política.

b) Por otro, y como acertadamente subraya Habermas, los Estados nacionales europeos han perdido también, de facto, “una parte considerable de sus capacidades de control y de fiscalidad en ámbitos funcionales donde ellos, hasta los tiempos del último gran impulso a la globalización, podían decidir más

o menos independientemente. Esto vale para todas las funciones clásicas del Estado, tanto para el aseguramiento de la paz y la seguridad física de la población como también para la garantía de la libertad, la seguridad jurídica y la legitimación democrática. Desde el fin del *embedded capitalism* (capitalismo incrustado) y del desplazamiento correspondiente producido en la relación entre la política y el mercado a favor de los mercados globalizados, el estado se ve también afectado, y acaso de la forma más fuerte, en lo tocante a su papel de Estado intervencionista, que ya por razones de legitimación tiene que encargarse de la seguridad social de sus ciudadanos<sup>44</sup>.

Creo oportuno reproducir aquí el diagnóstico de la situación actual, realizado por el filósofo alemán, diagnóstico que comparto plenamente y que en definitiva es el que plantea en toda su crudeza el carácter “necesario” del proyecto de integración europea:

“La seguridad física en el propio territorio ya no puede garantizarse sin la colaboración internacional contra los riesgos derivados de la gran tecnología que trascienden las fronteras, contra la difusión global de las epidemias, contra el crimen organizado a nivel mundial, o el nuevo terrorismo, descentralizado y con redes en todos los sitios; las fronteras, que devienen porosas, cada vez son menos capaces de hacer frente a la presión de las potentes corrientes migratorias. El sistema jurídico nacional ya hace mucho que se ha visto interferido por las disposiciones del derecho internacional y las resoluciones de la jurisprudencia internacional. Los procedimientos nacionales de formación y control de la voluntad democrática son demasiado débiles para cubrir la necesidad de legitimación surgida con los efectos retroactivos locales de regulaciones internacionales. La desregulación de los mercados, sobre todo de los mercados financieros globales, limita el margen de intervención de los gobiernos nacionales y les cierra el acceso a los recursos fiscales de sus empresas más prósperas<sup>45</sup>.”

c) En definitiva, la existencia misma de toda una serie de problemas y desafíos globales que en modo alguno pueden ser afrontados indi-

vidualmente por los Estados nacionales: seguridad y terrorismo internacional, criminalidad organizada, cambio climático, dependencia energética, fenómenos migratorios,... exige una respuesta única europea a los mismos. Porque sólo una respuesta única puede ser una respuesta eficaz<sup>46</sup>.

En concreto, y como bien expone Bauman, las respuestas a la crisis del Estado Social tienen que ser respuestas europeas: “La globalización del capital y del comercio, la eliminación de las restricciones y obligaciones locales del capital y la resultante extraterritorialidad de las principales fuerzas económicas han hecho que un “Estado social en un solo país” sea un concepto totalmente contradictorio<sup>47</sup>.”

Desde esta perspectiva, la finalidad de la Unión no puede ser otra que alcanzar un nivel de integración capaz de alumbrar una unidad política superior al Estado Nacional y que permita a Europa responder a los desafíos de la globalización. Sin embargo, esa finalidad sólo existe en el pensamiento de los federalistas europeos. En todo caso, es evidente que el Tratado de Lisboa guarda silencio sobre tan decisiva cuestión.

Y, mientras se guarde silencio sobre la finalidad de la Unión, ésta no podrá avanzar. Ahora bien, evidente resulta que si se guarda silencio es precisamente porque coexisten en el seno de la Unión dos respuestas no sólo diferentes, sino radicalmente opuestas, a la pregunta por la finalidad última de la Unión. Una sería la defendida en este breve ensayo: el alumbramiento de una Federación Europea como comunidad política superior e integradora de los Estados Nacionales, capaz de garantizar los principios del constitucionalismo social. Otra, la de quienes únicamente aspiran a una Europa configurada como un gran mercado, y por tanto conciben como finalidad de la Unión, la formación de una zona lo más amplia posible de libre mercado en el que puedan circular mercancías, bienes, servicios y capitales.

El Tratado de Lisboa no resuelve este conflicto y por ello, a pesar de lo que afirmen sus defensores, en modo alguno puede ser presen-

tado como una “salida de la crisis”. Como advierte con claridad y acierto Remiro Brotons: “Al final del juego se acaba chocando fatalmente con las preguntas que debían haberse resuelto en el punto de partida. ¿Cuáles son los objetivos? Sólo a partir de ahí cabe embarcarse en otras discusiones, como cuánta diversidad (y cuántos miembros más) puede acoger la Unión antes de convertirse en algo totalmente irreconocible e incapaz de ofrecer los resultados esperados. No es lo mismo, ni horizontal ni verticalmente, tratar de construir un sujeto político como gran potencia sobre la Tierra que asegurar un espacio de estabilidad y libre cambio dentro de los muros de la Unión. Seguramente estas cuestiones debieron ser planteadas antes de la quinta ampliación de la Unión (...) y el hecho de que no se hiciera puede explicar algunos de los problemas que han conducido a la profunda crisis de los últimos años”<sup>48</sup>.

“El irritado silencio de los gobiernos —escribe Habermas— sobre el futuro de Europa encubre el hondo conflicto de fines, que es el que explica el estado de anquilosamiento de la Unión. Los ‘señores de los Tratados’ son conscientes de que no avanzan ni en la cuestión de las fronteras definitivas de la Unión ni en la cuestión sobre las competencias que deben ser transferidas a la Unión Europea en lo concerniente a las políticas comunes. Los llamados integracionistas, que muestran su preferencia por las políticas comunes y dan primacía a una profundización de la Unión, y los euroescépticos se bloquean mutuamente”<sup>49</sup>.

El Tratado de Lisboa y el complejo, accidentado y prolongado proceso que ha conducido a su entrada en vigor es una clara expresión de ese bloqueo que trae causa de la no resolución de la cuestión relativa a la ‘finalité’. Los defensores del mismo subrayan los pequeños avances y los modestos pasos dados, pero olvidan interesadamente que ellos sólo han sido posibles gracias a enormes concesiones realizadas a Estados claramente hostiles al proceso de integración. Y es precisamente por ese alto precio pagado por lo que el Tratado de Lisboa puede ser considerado como un éxito por los

euroescépticos. Con él han ganado muchas batallas e incluso dada la imposibilidad práctica de una nueva reforma (necesariamente por unanimidad) puede decirse que han ganado la batalla final. Con el Tratado de Lisboa han cerrado definitivamente la puerta a una Europa Federal<sup>50</sup>.

Como sostiene el acertado juicio de Habermas: “Desde un punto de vista estratégico, el partido de la ampliación, liderado por Gran Bretaña, tiene la ventaja de que una política de no-decisión trabaja en su mismo sentido. Los integracionistas se ven obligados a tomar la iniciativa o a perder en este enfrentamiento no declarado”<sup>51</sup>. En el mismo sentido y al valorar el significado del Tratado de Lisboa, N. Mariscal subraya que “el Reino Unido ha marcado de momento la orientación política de la UE”<sup>52</sup>.

Para que la Unión Europea pueda erigirse en cauce de solución a la crisis de las democracias constitucionales (nacionales) de nuestro presente histórico es preciso que esté dotada de un sistema institucional y de un procedimiento de formación de su voluntad que posibiliten, sobre una base democrática, una política exterior y de defensa común, y una política fiscal, económica y social, igualmente común. El Tratado de Lisboa dista mucho de proporcionar ese modelo.

El ejemplo antes citado de la renuncia a la soberanía monetaria, que podría ser confirmado por otros muchos, nos pone claramente de manifiesto que, en el contexto de la mundialización, el proceso de integración europea, lejos de debilitar a los Estados, los fortalece. El establecimiento de una Constitución europea supondría para aquellos la renuncia a una soberanía que, en el contexto de la mundialización, resulta casi meramente formal, a cambio de su integración en una Federación Europea configurada como un Estado soberano europeo, digno de ese nombre.

En definitiva, la constitucionalización de Europa como respuesta a la crisis del Estado nacional es una ineludible necesidad histórica. Y si Europa no responde, si continua perdiendo

do el tiempo en debates estériles, enredada en egoísmos nacionales, no sólo quedará inexorablemente relegada a la condición de un actor irrelevante por inexistente en el mundo del siglo XXI, sino que también verá amenazados sus niveles actuales de bienestar y prosperidad al no poder hacer frente con éxito a los desafíos de la mundialización

## 5. REFLEXIÓN FINAL

La tesis central de este ensayo puede resumirse así. Los derechos sociales se encuentran gravemente amenazados por la mundialización económica que tiende a mercantilizarlos. La lógica económica de la globalización resulta incompatible con la lógica política y axiológica del Estado Social. En esta pugna, los agentes económicos de la mundialización pueden imponerse sobre los Estados Sociales que, en última instancia, deben recurrir a aquellos para financiarse.

La grave crisis económica mundial, cuyo origen se encuentra en la desregulación financiera, ha provocado una crisis de la deuda soberana, que ha exigido a los Estados una política de ajustes y reformas —muchas de ellas necesarias en todo caso— que puede comprometer el crecimiento económico y el empleo durante mucho tiempo, y afectar también negativamente a las políticas de derechos sociales. Es un contexto en el que los Estados aisladamente carecen de respuestas. Y en el que se enfrentan a un dilema dramático: o bien, no hacen los ajustes y adoptan políticas de estímulo para favorecer el crecimiento, en cuyo caso se verán abocados a la suspensión de pagos y a la imposibilidad de mantener la vigencia del Estado Social, o bien, realizan los necesarios ajustes que les permiten seguir obteniendo financiación en los mercados, pero que les condenan al estancamiento. A largo plazo, esta segunda opción, a todas luces más sensata, no garantiza tampoco que los Estados obtengan ingresos fiscales suficientes para afrontar el pago de la deuda.

Así las cosas, la única respuesta válida es la respuesta conjunta de Europa en defensa de un modelo europeo de sociedad, que constituye su seña de identidad básica frente a Estados Unidos y las potencias asiáticas.

Esta respuesta inexcusablemente exige el desarrollo de tres políticas:

a) La primera consistente en el establecimiento de una regulación y control homogéneos de las instituciones financieras que operan en el espacio de la Unión, con las limitaciones necesarias para impedir la realización de operaciones especulativas de alto riesgo, incluyendo las operaciones a futuro con mayores exigencias de afianzamiento. Esta política es imprescindible para evitar una nueva crisis financiera que resultaría más letal aún que la actual. El marco regulatorio europeo debería ser posteriormente pactado con EEUU y presentado en el foro del G-20 para alcanzar una gobernabilidad global del sector financiero.

b) La segunda debe ser una política por el crecimiento y el empleo. En Estados Unidos se ha decidido mantener las políticas anticíclicas. En Europa, como hemos visto, se han impuesto las de ajuste. Ello se debe a que muchos Estados han agotado su margen de actuación; esto es, no tienen elección. (Tal es el caso de España), y deben necesariamente afrontar severos ajustes. Pero otros sí lo tienen y deberían liderar políticas anticíclicas activas. La Unión Europea a través del Banco Europeo de Inversiones y del Fondo Europeo de Inversiones podría implementar estas políticas desarrollando un ambicioso plan de infraestructuras que generasen empleo y aumentaran la competitividad de la Unión. Y lo mismo podría hacerse en el ámbito de la energía, las nuevas tecnologías, etc.

c) La tercera política sería el establecimiento de una auténtica Unión económica y fiscal. Las políticas económicas y fiscales deberían federalizarse. Los Estados quedarían así obligados a cumplir unas exigencias relativas a balanzas de pagos y fiscalidad. Para ello deberían llevar a cabo unas reformas estructurales que garantizaran la competitividad de sus economías.

Del desarrollo efectivo de estas políticas va a depender el futuro de los derechos sociales en los Estados europeos del siglo XXI. Así lo ha visto con meridiana claridad y evidente acierto, un gran estadista y europeísta, Felipe González, presidente del Grupo de Reflexión sobre el futuro de Europa. Por compartirlas plenamente, creo oportuno concluir este ensayo con sus muy lúcidas reflexiones sobre el particular:

“Para los ciudadanos de los países de la Unión —escribe el que fuera Presidente del Gobierno de España—, compartir soberanía en estos campos no es un problema inasumible. Lo que es rechazable es verse sometido a reformas que parecen cuestionar derechos sociales adquiridos a lo largo de décadas, sin soluciones de futuro y como consecuencia in-

mediata de una crisis financiera que no han provocado y como imposición de unos mercados que parecen gobernar a sus gobiernos. La UE necesita reformas profundas: por el envejecimiento de su población que afecta a sus sistemas de pensiones y de salud, pero también a su capacidad de competir; por el retraso relativo en el desarrollo de su capital humano y del I+D; por la rigidez y el corporativismo de su sistema de relaciones industriales; por su dependencia energética y su compromiso con el medioambiente. Pero *esas reformas no serán posibles si no está claro que se pretende preservar su modelo de cohesión social y que existe la voluntad como Unión de gobernar los mercados financieros y hacer cumplir reglas de comportamiento que atiendan a la economía real*<sup>53</sup>.

## NOTAS

1. HOBBSAWM, E.: *Entrevista sobre el siglo XXI* (al cuidado de Antonio Polito), Crítica, Barcelona, 2000. p. 48. La lectura de esta entrevista a quien puede ser calificado como uno de los mejores historiadores de la Edad Contemporánea proporciona muchas claves para entender las profundas transformaciones políticas, sociales e ideológicas que marcan el tránsito del siglo. Hobsbawm pone diversos ejemplos para ilustrar el “éxito” del Estado a lo largo del siglo XIX: La posibilidad de realizar un censo eficaz o de delimitar con precisión las fronteras; El traslado del monopolio de los medios de coerción a sus propias instituciones desarmando al pueblo con la excepción de Estados Unidos que pudo pero no quiso hacerlo; O, sobre todo, el grado de orden público alcanzado en los Estados desarrollados de Europa. Finalmente, el grado de lealtad o de subordinación del ciudadano al Estado sin el cual no hubieran sido posible las guerras basadas en el reclutamiento. HOBBSAWM, E.: *Entrevista...* ob. cit. p. 48-50.

2. Hobsbawm ilustra también esta afirmación con abundantes ejemplos: así se señala como el Estado puede hoy escuchar cualquier conversación o, mediante la profusión de telecámaras, controlar cada espacio de la vida social las veinticuatro horas del día. HOBBSAWM, E.: *Entrevista...* ob. cit. p. 50.

3. HOBBSAWM, E.: *Entrevista...* ob. cit. p. 51.

4. Y no me refiero a preocupante desde un punto de vista meramente teórico, sino preocupante por las graves secuelas que se han manifestado, principalmente, en el Estado que lideró esa involución, el Reino Unido, pero cuyas consecuencias en muchos casos trascienden sus fronteras. A título de ejemplo: la crisis de la seguridad alimentaria (vacas locas), el deterioro de la seguridad de los ferrocarriles o el todavía más preocupante hundimiento de su sistema nacional de salud.

5. En la actualidad existen grandes zonas de África y considerables de Asia occidental y central en las que no cabe hablar de un Estado que funcione. Argelia y Colombia, por poner dos ejemplos geográfica y culturalmente más próximos, llegaron a estar en la cuerda floja. Pero es que incluso en Europa, los Balcanes nos ofrecen otra lamentable expresión de este nuevo fenómeno: ¿Existe hoy un Estado albanés? La pregunta no es retórica y, guste o no, es preciso admitir que hasta el hundimiento del comunismo en Albania existía un Estado como había Estado en el Cáucaso septentrional y ahora ya no lo hay.

6. HOBBSAWM, E.: *Entrevista...* ob. cit. p. 54.

7. DE VEGA, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual” en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998. P. 13-56. RUIPEREZ, J.: “¿La Constitución en crisis?”

El Estado Constitucional Democrático y Social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático” en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 120. 2003. p. 127-171. La lectura de los citados trabajos resulta imprescindible para comprender el verdadero significado y alcance de la crisis que atraviesa el constitucionalismo.

8. RUIPÉREZ, J.: “¿La Constitución en crisis?... ob. cit. p. 141.

9. Ibidem.

10. Sobre la desorientación de los partidos de izquierda tras la caída del comunismo, GUERRA, A.: *La democracia herida*, Planeta, Madrid, 1997, pp. 25 y 26.

11. Lo que en relación a nuestro tema determina que la propia seguridad, vinculada a los derechos básicos del programa constitucional (libertad y propiedad) se configura también como mercancía.

12. Según algunos cálculos citados en el documentado ensayo de la tristemente desaparecida, STRANGE, S.: *La retirada del Estado*, Icaria, Barcelona, 2001, en el mundo operarían unas 35.000 empresas multinacionales que absorberían el 70 por ciento del comercio mundial y entre un cuarto y un tercio de la producción económica total; Sólo las operaciones de las 200 multinacionales más poderosas superan la tercera parte del comercio mundial. Con algunos ejemplos se comprenderá mejor el alcance y dimensiones reales de esta situación: el volumen de negocios de la General Motors equivale al PIB de Indonesia, país que cuenta con una población de más de 200 millones de habitantes; el de Siemens, al de Venezuela, y el de Mobil Oil, al de Portugal o Israel.

13. DE VEGA, P.: “Prólogo” a Dromi San Martino, Laura: *Derecho Constitucional de la Integración*, Marcial Pons-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Ciudad Argentina. Madrid-Buenos Aires, 2000. p. 21.

14. RUIPÉREZ, J.: *¿La Constitución en crisis?...ob. cit. p. 146.* DE VEGA, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional...ob. cit. p. 18.

15. MERCADO PACHECO, P.: “La ‘Constitución imposible’: el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española” en *Las sombras del sistema constitucional español*, edición de J. R. Capella, Trotta, Madrid, 2003. P. 301. Se trata de una de las más lúcidas y sugerentes síntesis sobre las profundas mutaciones experimentadas por nuestra Constitución económica así como de sus causas y consecuencias.

16. Ibidem.

17. HELD, D.: *Democracia y orden global*, Paidós, Barcelona, 1998.

18. DE VEGA, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional...ob. cit. p. 18.

19. El artículo 10 de la Constitución española (inspirado, sin duda, en la Ley Fundamental de Bonn) establece que la dignidad de la persona es el fundamento del orden político. Sobre el tema resulta de interés la obra del profesor Häberle, P.: *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*, Universidad Pontificia de Perú, Lima, 2001. Y en la doctrina española, LUCAS VERDU, P.: “Persona, derechos fundamentales y pluralismo en la Constitución de 1978” en *Curso de Derecho Político*, Volumen IV, Tecnos, Madrid, 1984. p. 318-325; así como la monografía de ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, 1996; y el estudio de FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español” en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 43, 1995. p. 49-80.

20. DE VEGA, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional...ob. cit. p. 35. En el mismo sentido, PISARELLO, G.: “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico” en *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, (De Cabo, A, y Pisarello, G, eds.), Universidad de Alicante, Alicante, 2000. P. 28: “Desde un punto de vista jurídico-político, en la medida en que los derechos de una parte de la humanidad son enunciados, cada vez más como mercancías, y no como auténticos derechos, esto es indisponibles e innegociables, la globalización contradice y usurpa el principio ilustrado de universalidad concebido como un ideal de emancipación humana y, en este sentido, de progreso moral”.

21. MERCADO PACHECO, P.: *La Constitución imposible...* ob. cit. p. 317.

22. Lo que confirma la advertencia formulada por el profesor De Vega de que “no son los cambios de la legalidad los que provocan las transformaciones sociales, sino que son las transformaciones operadas en la realidad las que han determinado siempre las grandes revisiones de la legalidad”. DE VEGA, P.: *Mundialización y Derecho Constitucional...* ob. cit. p. 33.
23. MERCADO PACHECO, P.: *La Constitución imposible...* ob. cit. p. 315. “La idea de sociedad de mercado, su poder sobre el imaginario colectivo, no consiste únicamente en mostrar las ventajas de la libre competencia en sectores que todavía no son mercantiles, sino la de representar la vida social como un espacio de mercado”. p. 316.
24. Como supuestos extremos de esta mercantilización de las actividades estatales cabe citar la privatización de las instituciones penitenciarias en determinados Estados de la Unión norteamericana.
25. Esta cuestión desborda el objeto de este trabajo. Remito al lector interesado a la brillante y sugerente monografía del profesor Maestro. MAESTRO, G.: *La Constitución del trabajo*, Comares, Granada, 2002. En dicha obra se analizan, con rigor y detalle, las profundas transformaciones operadas en lo que el autor denomina Constitución del Trabajo en el contexto del sistema constitucional español.
26. DE VEGA, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional...ob. cit. p. 34. Lo que provoca que “las Constituciones dejan de ser en la práctica obra del pueblo y fiel reflejo de la realidad social, para convertirse en creación de poderes constituyentes ocultos y misteriosos”. p. 46.
27. TAJADURA, J.: “Empresas públicas y Unión Europea” en *Sistema*, núm. 166. 2002. p. 31-59.
28. MERCADO PACHECO, P.: “La Constitución imposible... ob. cit. p. 316.
29. MERCADO PACHECO, P.: “La Constitución imposible... ob. cit. p. 318-319.
30. QUESNAY, F y DUPONT DE NEMOURS, P. S.: *Escritos fisiocráticos*, Tecnos, Madrid, 1985.
31. DE VEGA, P.: “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales) en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Murcia, núm. 6. 1994. p. 43.
32. DE VEGA, P.: *Mundialización y Derecho Constitucional...* ob. cit. p. 19.
33. DE VEGA, P.: *Mundialización y Derecho Constitucional...* ob. cit. p. 19-20.
34. HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*. CEC. Madrid, 1983. p. 33-45.
35. DE VEGA, P.: “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social” en Corcuera, J. y García Herrera, M. A. (eds.): *Derecho y economía en el Estado Social*, Tecnos, Madrid, 1988. p. 123. Cuando se plantea hoy el tema de la sociedad civil, aunque pueda parecer inexplicable y resultar ininteligible, lo cierto es que sigue haciéndose con los mismos esquemas que utilizó Ferguson hace más de dos siglos. Como nos advertía Tomás y Valiente, el resultado de todo ello es “la debilitación de lo público en aras de una santa sociedad civil o mercantil, adorada por quienes no saben muy bien qué es ni a quién favorece cuando la invocan”. TOMÁS y VALIENTE, F.: “Prólogo” a *A Orillas del Estado*, Taurus, Madrid, 1996. p. 9.
36. RUIPEREZ, J.: *¿La Constitución en crisis?...ob. cit. p. 148.*
37. Situación ésta que como advierte De Vega “genera la paradójica situación de que, en un mundo donde se ensanchan y universalizan los espacios económicos y sociales de los hombres en proporciones desmesuradas, al mismo tiempo, y con igual desmesura, se reducen o aniquilan escandalosamente los espacios políticos”. DE VEGA, P.: *Mundialización y Derecho Constitucional...* ob. cit. p. 15.
38. MERCADO PACHECO, P.: *La Constitución imposible...* ob. cit. p. 319.
39. DE VEGA, P.: *Mundialización y Derecho Constitucional...* ob. cit. p. 16.

40. Sobre el significado y alcance de esta fórmula, remito al lector a mi trabajo, TAJADURA, J.: La noción de sociedad democrática avanzada en la CE de 1978” en *Sistema*, núm. 147, 1998.
41. LOPEZ PINA, A.: “De los principios rectores de la política social y económica” en *Comentarios a la CE de 1978* (O. Alzaga, dir.) Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996. Tomo IV, pp. 17 y ss.
42. PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986. pp. 162-163.
43. JIMENA, L.: *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.
44. HABERMAS, J.: “La política de Europa en un callejón sin salida. Alegato a favor de una política de integración escalonada” en *¡Ay, Europa!*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 93-94.
45. HABERMAS, J.: “La política de Europa...ob. cit., p. 94. Véase también, en parecidos términos, BECK, Ulrich y GRANDE, Edgar: *La Europa Cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 2006.
46. “Con el siglo XXI —escribe A. Mangas— se consolida una nueva era. En esta nueva época, en la era tecnológica la integración europea es tanto más necesaria que en el pasado de la segunda posguerra para hacer frente a los tsunamis de la globalización que unas veces cobran la forma de revolución tecnológica o de grandes Estados superpoblados y en crecimiento fulgurante que desequilibran los mercados de las materias primas, de los productos energéticos, de los alimentos de primera necesidad, que no tienen miramientos a la hora de contaminar y acelerar el cambio climático y otras veces cobran la tona de fenómenos ya familiares como la deslocalización, la inmigración descontrolada, la crisis económica, la competitividad tecnológica o el amenazante fenómeno del terrorismo islamista. Todos estos desafíos continúan haciendo imprescindible la Unión Europea (...) y buscar soluciones o una defensa adecuada frente a los nuevos y viejos problemas debería ser el punto de partida del ‘relanzamiento’ de la integración en la que debieran trabajar de la mano la Comisión, el Parlamento Europeo y los Estados miembros en el seno de las instituciones”. MANGAS, A.: “Un Tratado no tan simple: el realismo mágico del funcionalismo” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, 2008. p. 347.
47. BAUMAN, Zygmunt: *Europa. Una aventura inacabada*, Losada, Madrid, 2006. p. 119.
48. REMIRO BROTONS, A.: “Las suicidas cláusulas finales de los Tratados Europeos” en *El Tratado de Lisboa, Análisis y perspectivas*, (Fernández Liesa, C., y Díaz Barrado, C., dirs.), Dykinson, Madrid, 2008. p. 343.
49. HABERMAS, J.: “La política de Europa en un callejón sin salida. Alegato a favor de una política de integración escalonada” en *¡Ay, Europa!*, Trotta, Madrid, 2009, p. 84.
50. Véase en este sentido el riguroso y lúcido análisis del Tratado de Lisboa, definido como una “contrareforma constitucional”, efectuado por Mariscal. MARISCAL, N.: *Horizontes europeos. Más allá de Lisboa*, Tecnos, Madrid, 2010.
51. HABERMAS, J.: *La política de Europa en un callejón sin salida...*ob. cit., p. 84.
52. MARISCAL, N.: “De la ratificación fallida de la Constitución al Tratado de Lisboa” en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, (Martín y Pérez de Nanclares, J., coord.) Iustel, Madrid, 2008 p. 82.
53. El País, lunes 10 de enero de 2011. p. 11.

Fecha de recepción: 1 de abril de 2011

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011





# ESTUDIOS

La detención. Un conflicto entre libertad y seguridad (análisis desde la perspectiva del “consumo del derecho fundamental”)

*Salvador Camarena Grau*

¿Es un dislate exigir la motivación de una sentencia absolutoria por duda razonable?

*Juan Igartua Salaverria*

Análisis de la “tesis de la desvinculación de la antijuridicidad”. Una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)

*Elena Martínez García*

Una crítica de la noción de confianza en el republicanismo

*José Luis Pérez Triviño*

Entender el derecho de autor

*Rafael Sánchez Arísti*

## RESUMEN

En nuestro entorno cultural, el diseño de condiciones racionalmente aceptables de convivencia supone desde una perspectiva individual el reconocimiento de determinados derechos y la necesidad de *seguridad*. Dentro del conflicto que se produce entre *libertad* y *seguridad*, por su extraordinario impacto cuantitativo sobre la población española, cobra especial relevancia la figura de la detención. Por ello, la exigencia de regularidad en la práctica global de esta actividad estatal se torna inexcusable, siendo insuficiente para su control el procedimiento de *habeas corpus*.

No hay que olvidar que en la medida que es una restricción de la libertad, el Estado “consume” para la realización de su actividad un “combustible” precioso. Así pues, habrá que instaurar mecanismos que nos permitan conocer si se consume en demasía o eficientemente pues, por las características de este “combustible”, la ineficiencia estatal supone la violación del derecho del ciudadano.

## PALABRAS CLAVE

LIBERTAD, SEGURIDAD, DETENCIÓN, CONSUMO, PLAZOS, REGULARIDAD, HABEAS CORPUS, PLANTA JUDICIAL, MARCADORES, MECANISMOS DE CONTROL

## ABSTRACT

In our cultural environment the design of rationally acceptable conditions for coexistence assumes, from an individual perspective, the recognition of certain rights and the need for *security*. In the conflict that arises between *freedom* and *security*, the question of arrest becomes particularly relevant because of its extraordinary quantitative impact on the Spanish population. Because of this, the need for regulation in the overall practice of this state activity becomes unavoidable, the *habeas corpus* process being insufficient.

We should not forget that to the extent that it is a restriction on freedom, the state “burns” a precious “fuel” in carrying out such activity. Thus, we must develop mechanisms that allow us to know if it is being burnt excessively or efficiently. Because of the characteristics of this “fuel”, state inefficiency is a violation of citizens’ rights.

## KEY WORDS

FREEDOM, SECURITY, ARREST, CONSUMPTION, DEADLINES, REGULATION, HABEAS CORPUS, JUDICIAL STRUCTURE, MARKERS, MECHANISMS OF CONTROL.

# LA DETENCIÓN

## Un conflicto entre libertad y seguridad

(Análisis desde la perspectiva del “consumo del derecho fundamental”)<sup>1</sup>

Salvador Camarena Grau

Magistrado-Juez de lo Penal

**Sumario:** 1. Introducción. A. Marco genérico. Límites absolutos y relativos. B. La detención, impacto cuantitativo. 2. La detención. Naturaleza y límites. A. Libertad. B. Naturaleza de la detención. Privaciones de libertad distintas de la detención. C. Límites. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. D. Límites generales de las medidas cautelares. El Tribunal Constitucional. E. Límites concretos. El artículo 17 de la Constitución. Plazo absoluto y plazo relativo. La Ley, veinticuatro o setenta y dos horas. 3. Detención y proceso penal. 4. Perspectiva del “consumo del derecho fundamental” A. La necesidad de mecanismos de control relativos al cumplimiento de las condiciones que legitiman la detención. La insuficiencia del procedimiento de *habeas corpus*. B. “Consumo”, planta judicial y conducciones. C. La necesidad de un cierto nivel de regularidad. D. Posibles mecanismos de control. La necesidad de que sean públicos.

## 1. INTRODUCCIÓN

### A. MARCO GENÉRICO. LÍMITES ABSOLUTOS Y RELATIVOS

En nuestro entorno cultural, el diseño de condiciones racionalmente aceptables de convivencia supone desde una perspectiva individual el reconocimiento de determinados derechos<sup>2</sup> y la necesidad de *seguridad*.

En ese reconocimiento se debe ser especialmente cuidadoso, ya que está en juego la legitimidad del sistema político<sup>3</sup>. Como señala Nagel<sup>4</sup>, “Debemos acordar restringirnos a la hora de limitar la libertad personal por acción del Estado en el nombre de valores que en cierta manera quedan excluidos radicalmente de esa intervención del Estado”. Así, el Tribunal Supremo norteamericano en *Lawrence v. Texas* (2003)<sup>5</sup> decía que: “La cuestión es determinar

si la mayoría puede utilizar el poder público para imponer estos puntos de vista a la totalidad de la sociedad a través del derecho penal<sup>6</sup>. ‘Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral’. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833, 850 (1992)”.

Esta es una cuestión importante: puede ser que, en ocasiones, para una mayoría de la población, una conducta no debería estar permitida, pues choca con aspectos básicos de su visión sobre cómo debería ser una *vida buena* (y entienden que también es *buena* para los demás, incluso hasta el punto que, no solo ellos no deben tener esa conducta, sino que tampoco deben tolerarla en los otros) reclamando que el inmenso poder del Estado esté de su parte. Por ejemplo, así podrían entenderlo respecto de determinadas conductas sexuales.

Ahora bien, además de lo dicho anteriormente, del coste global para la libertad (algo que no es desdeñable aunque fuera respecto de una cuestión ampliamente compartida<sup>7</sup>), y de los peligros derivados de la cesión de poder al Estado en estos ámbitos, parece que el sacrificio es extraordinariamente mayor para quien es privado de ese reconocimiento, que para quien no está de acuerdo con esa práctica pues, en el caso de éste último, su conducta sexual no es objeto de prohibición o persecución alguna.

Respecto de *seguridad*, puede contemplarse desde distintas perspectivas. Así, *seguridad* sería: la persona no puede verse privada de esos derechos sino por causas previamente definidas y conocidas<sup>8</sup>; pero, *seguridad*, desde otro punto de vista, también puede verse como la obligación del Estado de proporcionar un espacio de convivencia en el que el ejercicio de esos derechos sea realmente efectivo, para lo cual, paradójicamente, debe en ocasiones limitar su ejercicio.

Desde esta perspectiva, el Estado asume una doble responsabilidad: una responsabilidad negativa sobre las violaciones de derechos que no comete pero que es incapaz de evitar, pero también una responsabilidad positiva de no violarlos él mismo; lo cual cabe afirmar, incluso, aunque ello supusiera una disminución de la cantidad total de violaciones<sup>9</sup>. Y es que, en determinados sistemas, se reconoce que en esta materia hay restricciones a las posibles limitaciones de derechos por parte del Estado para la preservación de ese espacio de convivencia, actividad que no podría entenderse en esta materia desde parámetros exclusivamente utilitaristas.

Hay una idea que, en ocasiones, se plantea en las cuestiones relativas a la obligación del Estado de mantener un determinado nivel de seguridad, y es la siguiente: una injusticia solo sería tolerable allí donde fuera necesaria para evitar una injusticia aún mayor. Sin embargo, aceptamos que, en esa obligación de proporcionar un espacio común de convivencia, y en la obtención de un resultado aceptable en la prevención de violación de derechos de los ciudadanos, existen límites derivados de la

propia naturaleza de determinados derechos. En otras palabras, a pesar de que algunas políticas pudieran disminuir sustancialmente la violación de derechos por los particulares, ello no es aceptable si, para ello, el Estado debe, a su vez, violar determinados derechos, aunque fuera en muchos menos casos<sup>10</sup>.

Nagel<sup>11</sup> habla de que algunos derechos protegen al individuo contra ciertas cosas que, de hacerse, producirían un mejor balance general del bien social; se pueden entender como una condición de legitimidad y que<sup>12</sup>, considerado estrictamente, ciertos derechos no pueden violarse ni siquiera como un medio para la prevención de una cantidad mayor de violaciones del mismo derecho. Y pone el siguiente ejemplo: “Hay ciertas cosas, como el matar a inocentes, que el Estado jamás debería estar autorizado a hacer en nombre de sus ciudadanos ni siquiera para prevenir males mayores del mismo tipo. El Estado debe estar sujeto a constricciones que impidan los malos tratos y torturas a los sospechosos de delitos graves, ni siquiera aunque esto redujese la frecuencia de las agresiones delictivas ordinarias en un factor superior a una simple compensación. (...) Enfrentados con la cuestión de si asesinar o no a alguien para impedir cinco asesinatos, se puede estar convencido de que menos personas serán asesinadas pero, con ello, estaríamos aceptando el principio de que cualquiera puede ser asesinado legítimamente si se dan las circunstancias adecuadas.(...) Mantener la dignidad de cada persona como alguien a quien nunca es legítimo asesinar puede parecer una compensación inadecuada para ese posible mayor número de asesinatos, Pero permítaseme un experimento mental algo impreciso; si se me ofreciese una elección entre un incremento significativo en la probabilidad de ser asesinado y la abolición de mis derechos morales y legales, elegiría la primera opción”.

Esta concepción considero que, en esencia, ha sido recogida por las normas básicas y por los Tribunales de ambos lados del Atlántico<sup>13</sup>.

Por ejemplo, respecto de la tortura y los tratos o penas inhumanas o degradantes (artículo 15 CE), el límite es absoluto; la jurisprudencia

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo no admite excepciones, incluso aunque se trate de violencia terrorista y las dificultades que ello entraña para los Estados, así en su Sentencia (Gran Sala), de 19 febrero 2009 Caso A. y otros contra Reino Unido, afirma:

“Plenamente consciente de las dificultades que encuentran los Estados para proteger a su población de la violencia terrorista, el Tribunal ve en ello una razón de más para subrayar que el artículo 3 del Convenio<sup>14</sup> consagra uno de los valores más importantes de las sociedades democráticas. Esta disposición no prevé limitaciones, en lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos núm. 1 y 4 y, según el artículo 15.2<sup>15</sup>, no autoriza ninguna excepción, ni siquiera en situaciones de peligro público que amenace la vida de la nación. Incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha antiterrorista, y cualesquiera que sean las acciones de la persona en cuestión, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanas o degradantes (Sentencia Ramírez Sánchez...).” Por su parte el Tribunal Supremo norteamericano, aunque con un fundamento diferente, ya en *Brown v. Mississippi* (279 U.S. 278-1936) declaró que las confesiones obtenidas por métodos “repugnantes frente al sentido de Justicia” no podían ser admitidas como prueba en juicio, pues su admisión “como el fundamento de la condena y de la sentencia [sería] una clara negación del debido proceso”<sup>16</sup>.

En otros casos, la prohibición puede provenir del modo en que se produce la injerencia y su alcance; un ejemplo, puede ser el caso examinado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia de 3 de marzo de 2004 (BVerfGE 109,279) sobre el espionaje acústico masivo “Forma parte de la intangibilidad de la dignidad humana (...), el reconocimiento de un núcleo de configuración privada de la vida absolutamente protegido”. Dice también en esa sentencia que “La dignidad humana es un principio constitucional básico y el valor constitucional de mayor jerarquía”, señalando que

ha enfatizado repetidamente que no es compatible con la dignidad de las personas hacer de ellas un mero objeto del poder estatal. Si bien matiza que también tiene límites la eficacia de la fórmula del objeto. La dignidad humana no se lesionaría por el mero hecho de que alguien se convierta en destinatario de una medida de persecución penal; pero sí cuando el modo de las medidas adoptadas pone básicamente en cuestión la calidad del sujeto afectado. Y ello ocurriría cuando el tratamiento del poder público prescinde del respeto al valor que le corresponde a todo ser humano por el mero hecho de serlo. Tales medidas, afirma el Tribunal Constitucional Federal Alemán, tampoco pueden ser adoptadas en interés de la efectividad de la administración de justicia y de la averiguación de la verdad<sup>17</sup>.

Así pues, podemos hablar de límites absolutos y relativos. Hay derechos, respecto de los que, en determinadas circunstancias, es legítima la actuación del Estado<sup>18</sup>; este es el caso de la privación de libertad que se efectúa mediante la “detención”.

En ese sentido el artículo 17 CE recoge:

- “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
2. 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 de la autoridad judicial.
3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.
4. La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Ahora bien, tampoco debemos olvidar que, en la evaluación de las instituciones públicas, y, en concreto en lo que ahora estamos analizando, al valorar si la política criminal de un Estado en lo concerniente a las privaciones de

libertad que efectúan las fuerzas de seguridad debidas a la posible comisión de un hecho aparentemente delictivo (por su trascendencia numérica y el consiguiente impacto sobre el derecho fundamental) mediante la “detención”, debemos también tratar de averiguar si el coste para la libertad es “razonable” desde una perspectiva global y no tomando en consideración al individuo aisladamente, y para ello hemos de tratar de fijar unos parámetros tanto cuantitativos como cualitativos, y además, averiguar si verdaderamente existe ese control de la injerencia estatal.

## B. LA DETENCIÓN, IMPACTO CUANTITATIVO

Tal como se ha indicado, una limitación de la libertad deambulatoria de los ciudadanos utilizada por el Estado para proporcionar esa seguridad es la “detención” debido a la posible comisión de un hecho aparentemente delictivo. El motivo de focalizar la mirada en esta clase de detenciones que efectúan las fuerzas de seguridad preprocesalmente es debido a su extraordinario impacto cuantitativo, y que no se legitiman por una finalidad autónoma, sino en función de un proceso penal y, por tanto, con carácter instrumental respecto del mismo.

Por ejemplo, solo en Catalunya, en el año 2006 los Mossos d'Esquadra detuvieron a 40.712 personas; lo cual, sin incluir las practicadas por otras fuerzas de seguridad, es una cifra próxima al 0,7% de la población catalana<sup>19</sup>. En el ámbito de los datos que proporciona el Ministerio del Interior<sup>20</sup>, si en el año 2003 fueron detenidas 214.434 personas (CNP y Guardia Civil), en 2005 la cifra fue de 248.426; en 2007 ya eran 258.949 detenidos; en el año 2008, 296.137 y en el año 2009 se alcanzó el número de 307.730 detenciones<sup>21</sup>.

Esas cifras son a menudo presentadas y valoradas como una muestra de la eficiencia del Estado a la hora de cumplir con esa obligación estatal de proporcionar un espacio de convivencia que posibilite un efectivo ejercicio de los derechos que el ordenamiento reconoce a los ciudadanos.

También parece que en ocasiones se pretenda que tengan una función de satisfacción en esa aparente demanda social de castigo inmediato de la persona que se supone que ha cometido un hecho delictivo (pensemos en delitos no violentos contra la propiedad, en los que en los EEUU un 42% de esas detenciones se realizaban en los cinco minutos siguientes a la comisión del ilícito<sup>22</sup>), función ajena a los presupuestos que legitiman la adopción de la medida.

En cualquier caso, si atendemos a las cifras del balance de 2009 de evolución de la criminalidad, ofrecido por el Ministerio del Interior, en la tasa de criminalidad comparada, España ocupa el antepenúltimo lugar, siendo significativamente inferior nuestra tasa a la de los países de nuestro entorno y, según los datos del Anuario estadístico del Ministerio del Interior, también la percepción de la inseguridad ciudadana como principal problema de España ha bajado significativamente respecto a los años 2002-2003.

Pero la detención que se examina, es la que efectúan las fuerzas de seguridad como medida cautelar preprocesal instrumental del proceso penal que se va a iniciar. Habrá que ver si existe un control eficaz respecto del cumplimiento de las condiciones que permiten la adopción de la medida, ya que no es ordenada por la autoridad judicial, así como de los requisitos que deben concurrir a lo largo de la ejecución de la misma, pues su incumplimiento supondría, a su vez, una violación por parte del Estado de los derechos de los ciudadanos, ya que esa “función social” no es presupuesto de legitimación a la hora de acordar y ejecutar la medida.

Es cierto que en algunos aspectos se ha avanzado. La Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad da pautas razonables de actuación, y la Instrucción 3/2009 de la Fiscalía General del Estado sobre el control de la forma en que debe practicarse la detención, también muestra una preocupación sobre la ejecución de esta medida<sup>23</sup>. Sin embargo, más allá de instrucciones genéricas, y al mismo tiempo parciales, deberemos examinar

si podemos conocer si se están cumpliendo las condiciones a las que se ha hecho mención.

En otras palabras, parece razonable preguntarnos si existe un adecuado control de esas privaciones de libertad desde una perspectiva global.

## 2. LA DETENCIÓN. NATURALEZA Y LÍMITES

### A. LIBERTAD

Antes de nada, deberíamos tratar de concretar de qué clase de libertad estamos hablando.

Es en extremo difícil dar un concepto. Una descripción genérica de la libertad podría ser, “esta o aquella persona (o personas) está libre (o no está libre) de esta o aquella restricción (o conjunto de restricciones) para hacer (o no hacer) tal o cual cosa”; también se ha dicho que libertad es un complejo de derechos y deberes definido por las instituciones<sup>24</sup>.

Sin embargo, en nuestro caso, hemos de concretar más.

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/1990 (Pleno), de 27 junio afirma que “según reiterada doctrina de este Tribunal —SSTC 126/1987, 22/1988 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes— la libertad personal protegida por este precepto (se refiere al art 17.1 CE) es la ‘libertad física’, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual; pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico —art. 1.1 de la Constitución—, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20; entre otros y, en esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestacio-

nes ‘de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles’ (o manifestaciones de la ‘libertad a secas’) y ‘los derechos fundamentales que garantizan la libertad’ pero que ‘no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo’”.

Partiendo del artículo 17 de la Constitución, podríamos hablar de libertad física referida a la libertad de movimientos o deambulatoria<sup>25</sup> como hace el TC. Esa limitación tiene como característica que viene acompañada por otra relativa al lugar donde se hace efectiva esa limitación; el cual no es determinado por el afectado (y por tanto éste es sustraído de su entorno habitual) y está sometida a un régimen legal específico derivado del mandato constitucional. Si bien es una privación de la libertad ambulatoria del modo expuesto la que está incluida en el art 17.1 CE, también afecta al área privada de la persona, en la que conduce y desarrolla sus relaciones personales y a su propia concepción de cómo vivir. Vives<sup>26</sup> señaló, respecto de la libertad de movimientos, que “allí donde no se halle mínimamente garantizada puede decirse que no existe seguridad jurídica alguna; y que, toda autonomía, todo derecho y toda libertad personal son solamente poseídas a título de precario, porque pueden desaparecer de un momento a otro tras un arresto repentino”.

Por otra parte, la detención es una pura situación fáctica (no se inicia con la entrada en las dependencias policiales) y la libertad debe contemplarse desde la perspectiva de quien orienta su acción en el marco de normas generales, no la de a quien el Estado le somete a la tesitura de aceptar o resistir un requerimiento efectuado por las fuerzas de seguridad; pues una privación de libertad no deja de serlo por el hecho de que el afectado la acepte<sup>27</sup>.

A la detención se le pueden aplicar las mismas consideraciones que efectúa el Tribunal Constitucional respecto de la prisión provisional, en el sentido de que se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (STC 27/2008, de 11 febrero).

## B. NATURALEZA DE LA DETENCIÓN. PRIVACIONES DE LIBERTAD DISTINTAS DE LA DETENCIÓN

Es conveniente delimitar el objeto de análisis: éste no es cualquier privación de libertad, sino el producido mediante “la detención” por la posible comisión de un hecho aparentemente delictivo, y no es tampoco el de la detención en un sentido amplio (que incluya las detenciones judiciales), sino solo la practicada por las fuerzas de seguridad.

En este ámbito, como regla general solo la autoridad judicial puede privar de libertad, como consecuencia de los artículos 117.3 CE, positivamente al consagrar la exclusividad jurisdiccional, y el artículo 25.3 CE, negativamente, de modo que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que directamente o subsidiariamente impliquen privación de libertad”<sup>28</sup>. La concreción de lo anterior en el artículo 1 del Código Penal y en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone que solo la autoridad judicial puede acordar restricciones de la libertad de las personas como consecuencia de la existencia de fundadas sospechas de que ha cometido un delito y de acuerdo con el proceso debido<sup>29</sup>. Por eso, esa detención a la que nos referimos, la detención policial, la regulada en los artículos 489 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no es la ejecución de una potestad administrativa con una finalidad autónoma, sino que actúa en prevención de la autoridad judicial, que la confirmará o no<sup>30</sup>. Así, tiene una naturaleza instrumental del proceso penal, “precautelar”<sup>31</sup>.

Se ha afirmado que “no pueden encontrarse situaciones intermedias entre la detención y la libertad”; lo que significa que, salvo la detención (que cobra sentido a partir de su carácter instrumental respecto del proceso penal), las fuerzas de seguridad no pueden efectuar privación de libertad alguna, por ello, una persona “o está detenida o está libre”. Ello no es así<sup>32</sup>. Y no solo no es así, sino que son extraordinariamente frecuentes<sup>33</sup>.

Posiblemente esta afirmación parte de la sentencia 98/1986 de diez de julio de nuestro

Tribunal Constitucional en la misma se afirmaba: “pues, como acabamos de decir, debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona”<sup>34</sup>. Sin embargo, debe entenderse que el TC se está refiriendo a la detención, y al análisis del procedimiento de “habeas corpus” y es en el marco de ese entendimiento donde deben situarse las afirmaciones del Tribunal, pero sin extenderlas a otras clases de privaciones de libertad<sup>35</sup>.

Así en la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 341/1993 (Pleno), de 18 noviembre señala que: “La medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOPSC supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Con toda evidencia, estamos, pues, ante uno de ‘los casos’ a que se refiere el art. 17.1 CE, cualquiera que sea la disposición de la persona ante la orden recibida, constatación que, por lo demás, da sentido al carácter de Ley Orgánica de este art. 20.2 (Disposición final tercera de la LOPSC)”.

## C. LÍMITES. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La detención ha de ser “razonable”, pero razonable como un todo, tanto en el momento de la decisión de detener, como durante el transcurso de la misma.

El TEDH afirma que debe procederse a la inmediata puesta en libertad en el momento en que la detención deje de ser razonable. La regla general podemos verla expresada en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 29 abril 1999 TW contra Malta, en la que afirma: “El Tribunal lo ha declarado en numerosas ocasiones, el artículo 5.3 del Convenio<sup>36</sup> ofrece a las personas arrestadas o detenidas por ser sospechosas de haber cometido un delito, garantías contra la privación arbitraria o injustificada de libertad (ver, entre otras, la Sentencia Assenov y otros contra Bulgaria de 28 octubre 1998, Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-VIII, p. 3187, ap. 146). El artículo 5.3, que forma un todo con el artículo 5.1 c), tiene, esencialmente, por objeto imponer la puesta en libertad en el momento en el que la detención deje de ser razonable”.

También el TEDH señala que el control judicial de la detención no sólo debe tener lugar con rapidez, sino que debe ser *automático* (Sentencia De Jong, Baljet y Van den Brink), y que no puede depender de una demanda presentada con anterioridad por la persona detenida. Dicha exigencia modificaría la naturaleza de la garantía ofrecida por el artículo 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es diferente de la prevista por el artículo 5.4, según el cual la persona detenida tiene el derecho de solicitar a un Tribunal que examine la legalidad de su detención (Sentencia De Jong, Baljet y Van den Brink). Podría, incluso privarle de su sustancia, ya que el artículo 5.3 pretende proteger al individuo contra la detención arbitraria garantizando el sometimiento del acto privativo de libertad a un control judicial independiente (Sentencia Kurt contra Turquía de 25 mayo 1998).

Las referencias del Tribunal Constitucional al canon europeo en decisiones relativas a la detención son abundantes, pues desde el inicio el TC ha mantenido la misma concepción relativa a la duración de la prisión preventiva (así STC 341/1993 y 31/1999)<sup>37</sup>.

## D. LÍMITES GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La detención que efectúan las fuerzas de seguridad es una detención instrumental vinculada al proceso penal.

Como regla general, las medidas cautelares vinculadas al proceso penal suponen una injerencia del Estado en ese ámbito propio de la persona a que se hacía referencia en el apartado primero; por lo que esas medidas solo están justificadas en cuanto exista la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicos, sean necesarias, proporcionales, imprescindibles y respeten el contenido esencial del derecho.

Así, las notas que deben concurrir según el Tribunal Constitucional (por ejemplo STC 18/1999 de 22 de febrero) son:

- 1.- Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986).
- 2.- las medidas restrictivas han de ser necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982 y 13/1985),
- 3.- Deben atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989)
- 4.- y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, 196/1987, 120/1990, 137/1990 y 57/1994).

## E. LÍMITES CONCRETOS. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN. PLAZO ABSOLUTO Y PLAZO RELATIVO. LA LEY, VEINTICUATRO O SETENTA Y DOS HORAS

En nuestro caso<sup>38</sup>, en lo referido a la detención, hay unos límites primarios constitucionalmente consagrados.

La traducción respecto del artículo 17 CE de lo expuesto anteriormente con carácter general, de que las medidas cautelares vinculadas al procedimiento penal (y la detención poli-

cial lo es, aunque, éste, como tal, todavía no se haya iniciado) solo están justificadas en cuanto exista la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicos, sean necesarias, proporcionales, imprescindibles y respeten el contenido esencial del derecho, se puede observar en la ya clásica doctrina del Tribunal Constitucional sobre el límite absoluto y relativo en materia de detención, producida en general, en el análisis de la cuestión por vía del recurso de amparo tras los procedimientos de “habeas corpus” (en numerosas ocasiones tras denegarse su incoación<sup>39</sup>).

Como ejemplo, la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 165/2007, de 2 julio afirma que nuestra Constitución, habida cuenta del valor cardinal que la libertad personal tiene en el Estado de Derecho, somete la detención de cualquier ciudadano al criterio de la necesidad estricta y, además, al criterio del lapso temporal más breve posible (SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, F. 8; 224/1998, de 24 de noviembre, F. 3), en consonancia con lo dispuesto en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 5.2 y 3) y en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 9.3), que exigen que el detenido sea conducido “sin dilación” o “sin demora” ante la autoridad judicial.

En ese sentido el TC afirma que el art. 17.2 CE ha establecido dos plazos, en lo que se refiere a los límites temporales de la detención preventiva: uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en las dependencias policiales (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, F. 3; 224/2002, de 25 de noviembre, F. 3).

El TC (STC 165/2007) señala que este sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada (STC 179/2000, de 26 de junio, F. 2). En consecuencia, la vulneración del art. 17.2 CE se puede producir, no sólo por rebasarse el plazo máximo absoluto; es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado 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 23/2004, de 23 de febrero, F. 2).

Por ello, el TC ha afirmado (STC 165/2007 que se remite a la 250/2006, de 24 de julio), que “pueden calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente” (F. 3).

Sin embargo habría que efectuar una matización a la doctrina constitucional, y es que, el término “esclarecimiento de los hechos” es extraordinariamente amplio; pueden hacerse actuaciones para las que ya no sea imprescindible que la persona esté privada de libertad o bien pueda ya presentarse ante el juez.

Expuesta en sus líneas generales la posición del Tribunal Constitucional, habrá que ver cuál es la regulación de la Ley.

En su traducción legal, nos encontramos ante la necesidad de conciliar dos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Artículo 520.

1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Artículo 496.

El particular, Autoridad o agente de Policía Judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma.

Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas<sup>40</sup>.

Frente a interpretaciones que simplemente entienden derogado o inaplicable el artículo 496<sup>41</sup> y que se han convertido en una posición generalizada (o simplemente no cuestionada) entre los jueces, fiscales, abogados y fuerzas de seguridad, otra opción, a mi juicio más razonable, es que la regla general de duración de la detención debe ser de veinticuatro horas.

Hay que partir de que no es lícito destruir los núcleos fijos de sentido que el legislador mediante el lenguaje común fija en los preceptos, máxime si es posible una interpretación que los haga compatibles<sup>42</sup>. El propio artículo 520 dice: “Dentro de *los plazos establecidos en la presente Ley*, y, *en todo caso*, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”; por tanto, se remite a las previsiones legales que, reproduciendo la previsión constitucional, en todo caso no podrán superar las setenta y dos horas; así pues, remite al artículo 496 (lo cual se refuerza con la previsión de los artículos 489 y 295)<sup>43</sup>. A ello hay que añadir que en el diseño legal no existe la previsión de una entrevista previa con el letrado defensor (ATC 23/2006 de 30.1.2006<sup>44</sup>).

Además, tras las múltiples reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el legislador no ha modificado el artículo 496; por ello no

es razonable, existiendo una expresa previsión legal y un mandato constitucional que lo limita (art 17.1 CE) a “en los casos y en la forma previstos en la ley”, reducir esa regla general en una materia que afecta a un derecho fundamental, ampliando el poder del Estado en perjuicio del ciudadano mediante interpretaciones de esta índole.

Se trata además de interpretaciones contrarias al principio de vigencia (afirmando expresamente que está derogado, o simplemente, obviándolo)<sup>45</sup>, máxime si tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art 5.3º) como el Tribunal de Estrasburgo señalan que toda persona detenida deberá ser conducida *sin dilación* ante un Juez, tal como se ha recogido anteriormente.

Debemos tener en cuenta que un razonamiento destinado a efectuar una interpretación de la Ley que amplíe de ese modo la posibilidad de privación de un derecho fundamental como el que examinamos (“habida cuenta del valor cardinal que la libertad personal tiene en el Estado de Derecho”, dice el TC en la STC núm. 165/2007), frente al tenor literal de un precepto legal, debe justificar que no es posible una interpretación que haga compatibles los preceptos legales y, al mismo tiempo, debe tener una superioridad y desprenderse con tal claridad del texto legal que, a *cualquiera a quien se lo mostráramos* no pudiera presentar una objeción razonable, algo que no ocurre en este caso. Además existiendo una alternativa razonable no debería adoptarse la opción más gravosa<sup>46</sup>.

Finalmente indicar que el art 17.1 CE se remite a la Ley, que puede establecer controles temporales más estrictos dentro del marco constitucional, y, realmente, es paradójico que se utilice al texto constitucional (que opera como límite a la Ley, pero, desde luego, no obliga a que la regulación legal llegue hasta ese límite) y la doctrina del TC para rechazar una normativa más estricta establecida por la legalidad ordinaria y, de ese modo, poder efectuar una interpretación que amplía las posibilidades de limitación por parte del Estado del derecho fundamental. También el Convenio Europeo

de Derechos Humanos y su aplicación por el Tribunal de Estrasburgo, establecen en materia de derechos fundamentales los mínimos que permiten garantizar una especie de espacio común europeo<sup>47</sup>, pero son mínimos; el artículo 53 del Convenio recoge que: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en el que ésta sea parte”. Y, por ello, no podrían utilizarse las Sentencias del TEDH para desautorizar una mayor protección de un derecho fundamental en un Estado, y lo mismo, trasladándolo a nuestro caso, podríamos decir respecto al artículo 17 CE, el TC y nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, máxime si además, el plazo del artículo 496 LECrim es un plazo en ocasiones citado expresamente por el TC, así en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 224/2002, de 25 noviembre: “de modo que su detención habría devenido contraria al art. 17.2 CE por haberse superado el límite relativo previsto en dicho precepto sin que en tal momento se hubiera liberado al detenido o puesto a disposición de la autoridad judicial, habiéndose incluso rebasado el plazo de veinticuatro horas que señala el art. 496.1 LECrim”.

### 3. DETENCIÓN Y PROCESO PENAL

Como regla de juicio, la STC 81/1998 señala que la presunción de inocencia ha de ser entendida, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable<sup>48</sup>, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.

¿Cuándo deben las fuerzas de seguridad proceder a la detención? Pues, tal como se ha indicado con anterioridad, la detención que

efectúan las fuerzas de seguridad es una detención instrumental vinculada al proceso penal.

Es evidente que la actuación policial<sup>49</sup> no es la propia de la valoración de la prueba practicada en el juicio oral por el juez o tribunal<sup>50</sup>, pero también, que la interpretación de los apartados 1 y 2 del número 4 del artículo 492 LECrim<sup>51</sup>: “con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien inerte detener tuvo participación en él”, que es lo que ahora interesa<sup>52</sup>, no puede ser ajena a los parámetros constitucionales.

Del mismo modo que, de acuerdo con el número 3, debe existir un examen del caso que excluya la posibilidad racional de establecer una presunción de comparecencia ante la autoridad judicial cuando sea llamado el afectado.

Estos límites pueden ser imprecisos, pero no desdeñables: “motivos racionalmente bastantes” no puede ser cualquier cosa que el funcionario policial considere, y al mismo tiempo, no pueden generarle tal inseguridad que sea incapaz de hacer su trabajo.

Una posible aproximación es que, *motivos racionalmente bastantes* debe equipararse a los indicios racionales a los que se refiere el artículo 5.1.c del CEDH; se trata de un nivel inferior al necesario para justificar una condena, o, formular acusación (no se exige necesariamente que los indicios tengan esa misma entidad, pues pueden presentarse en una etapa posterior), pero deben existir datos que hagan pensar a un observador objetivo que la persona concernida podría haber cometido una infracción<sup>53</sup>.

Como regla general, podríamos tomar la propuesta de Vives<sup>54</sup> que indica que no puede consistir en sospechas o creencias que son realidades meramente anímicas, sino que: “los ‘motivos’ que la ley contempla —“racionalmente bastantes para creer”— han de apoyarse en fundamentos objetivos, pues han de pro-

porcionar razones válidas, según la experiencia, para pensar que una persona determinada ha perpetrado un hecho delictivo”.

#### 4. PERSPECTIVA DEL “CONSUMO DEL DERECHO FUNDAMENTAL”

##### A. LA NECESIDAD DE MECANISMOS DE CONTROL RELATIVOS AL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES QUE LEGITIMAN LA DETENCIÓN. LA INSUFICIENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE *HABEAS CORPUS*

El control del cumplimiento de las condiciones de legitimidad de la detención no puede dejarse exclusivamente en manos del particular privado de libertad a través del mecanismo del procedimiento del *habeas corpus*. Sin negar la importancia del procedimiento de *habeas corpus*, deberían existir mecanismos claros de control por parte de la propia administración, y al mismo tiempo a través de los propios ciudadanos, mediante la publicación de determinados “marcadores” de “consumo” del derecho fundamental.

Nos encontramos ante una medida precauteladora, que solo tiene sentido como medida instrumental del proceso penal, y es que como regla general, tal como se ha indicado, en los supuestos que examinamos solo la autoridad judicial puede privar de libertad, y ello como consecuencia del artículo 117.3 CE, positivamente al consagrar la exclusividad jurisdiccional, y el artículo 25.3 CE, negativamente. De ese modo, la actuación de las fuerzas de seguridad no es la ejecución de una potestad administrativa propia, sino que actúan a prevención de la autoridad judicial, que confirmará o no su actuación.

Sin embargo la capacidad reactiva del ciudadano a través del procedimiento de *habeas corpus* es insuficiente para ese control de legitimidad, por muy variados motivos (a los que,

en algunos casos, no son ajenos los jueces): entre ellos que en numerosas ocasiones, pueden, simplemente, no iniciarlo, pero, de cualquier modo, es evidente que el Estado no puede abstraerse de su obligación de controlar el cumplimiento de las condiciones que legitiman la detención, sin que desde una perspectiva global pueda descansar en los jueces que solo pueden analizarla caso a caso. Pues su obligación respecto de *seguridad* no es solo la de evitar o perseguir la violación de los derechos de los ciudadanos, sino también la de no vulnerarlos él mismo en su actuación<sup>55</sup>.

##### B. “CONSUMO”, PLANTA JUDICIAL Y CONDUCCIONES

Otra cuestión es que hay que analizar la incidencia de la planta judicial y el sistema de guardias sobre la duración de las detenciones policiales.

Constituye objeto del servicio de guardia (reglamento 1/2005 del Consejo General del Poder Judicial artículo 42) la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial<sup>56</sup>.

Vista la disparidad existente en los partidos judiciales, y consecuentemente en la prestación del servicio de guardia, sería conveniente un estudio de los tiempos de duración medios de las detenciones policiales, para tratar de prevenir y en su caso remediar posibles disfunciones; de modo que fuera posible detectar si un ciudadano pasa más o menos tiempo privado de libertad para la realización de idénticas actuaciones, en función (entre otros factores) de la planta judicial. La Comisión sobre Demarcación y Planta producto del acuerdo del Consejo de Ministros en su reunión de fecha 24 de abril de 2009 ya proponía la superación del partido judicial como base del modelo; si bien no se refería a esta cuestión en concreto, lo cierto es que señalaba “...deben estudiarse nuevas formulas encaminadas a superar la desfasada división en partidos judiciales propia de otras épocas, y diseñar estructuras territoriales mas homogéneas y acordes con la España actual”.

Habría que analizar cuál es el diseño de las conducciones de detenidos de las fuerzas de seguridad a los juzgados, y si parte de un *consumo* indebido del derecho fundamental pueda deberse a una defectuosa concepción del diseño de la planta judicial y una ausencia de coordinación con las fuerzas de seguridad en el sistema de conducciones; pues ello no puede justificar una prolongación de la detención.

Y es que, estimo que es difícilmente discutible que un ciudadano no puede ver “consumido” su derecho fundamental por parte del Estado para efectuar diligencias similares, según sea la localidad donde se produzca la detención, salvo que concurran causas que lo justifiquen (y no cualesquiera). Por eso, es conveniente regular de modo adecuado “las conducciones”, y además, que haya una justificación adecuada a la no inclusión en una determinada conducción sin que basten referencias genéricas<sup>57</sup>.

Debemos tener en cuenta que el Ministerio Fiscal en su informe recogido en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 224/2002 (Sala Segunda), de 25 noviembre<sup>58</sup> rechaza la prolongación de la detención por la organización de los servicios del Juzgado de guardia y de conducciones policiales, otorgando el amparo el TC, y expresamente, en ese mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 165/2007, de 2 julio:

“En la demanda de amparo se afirma, por otra parte, que a la detenida, durante el trámite de su declaración policial, le fue comunicado que no sería puesta a disposición judicial hasta el día siguiente, porque ‘sólo se realiza una conducción de detenidos al día, a las nueve de la mañana’. Tal afirmación, si bien no es invocada por el Juez en la resolución judicial que inadmitió a límine la petición de habeas corpus, parece confirmarse por la circunstancia de que la Jefatura Superior de Policía remitió al Juzgado, presentada dicha solicitud, junto con el atestado realizado una copia de un protocolo de colaboración entre los Juzgados y las fuerzas y cuerpos de seguridad, donde se establece como ‘pauta general una única conducción diaria de detenidos al Juzgado de Guardia de Detenidos, antes de las 9:30 horas’. No obstante, este criterio, al parecer asumido por el instructor del atestado policial, no aparece en modo alguno justificado, no sólo porque el propio protocolo preveía entre sus disposiciones que no quedaba excluida la presentación de un detenido

ante el Juez de guardia en hora distinta de la antes señalada, pudiendo así ‘el Juzgado de Instrucción de Guardia recibir detenidos durante las 24 horas cuando las circunstancias así lo aconsejen’, sino, fundamentalmente, porque tal circunstancia, como afirmábamos en su supuesto parecido en la STC 224/2002, de 25 de noviembre, ‘no puede justificar en principio un alargamiento tan desproporcionado del período de detención, una vez declarada la conclusión de las investigaciones policiales, máxime cuando, como acontece en este caso, se había presentado ante el Juzgado de guardia una solicitud de habeas corpus que permitió conocer, una vez remitidas, la conclusión de las diligencias policiales (F. 4)”.

Hay que evitar situaciones en las que por falta de medios personales y materiales en las fuerzas de seguridad o la inadecuación de la planta judicial, probablemente, no supongan la puesta en libertad del detenido para no alargar el periodo de privación de libertad antes de la puesta a disposición a judicial, sino, simplemente, la prolongación de ésta<sup>59</sup>.

### C. LA NECESIDAD DE UN CIERTO NIVEL DE REGULARIDAD

Un sistema público debe garantizar la seguridad de las personas, pero debe ser en extremo cauteloso en interferir indebida o erróneamente en la libertad de los ciudadanos. El sistema es razonable si no es inestable provocando pérdidas de libertad irrazonables. Al mismo tiempo, el gobierno de la ley implica el precepto de que casos similares deben ser tratados de un modo similar; ello debería limitar en gran medida la discrecionalidad de los funcionarios policiales, y debe forzar a justificar las distinciones que se hagan. En casos complejos o poco habituales podría ser más fácil justificar decisiones arbitrarias, pero, si aumentan esos casos es difícil justificar juicios incorrectos, y, en cualquier caso, ello no debería ser lo habitual.

### D. POSIBLES MECANISMOS DE CONTROL. LA NECESIDAD DE QUE SEAN PÚBLICOS

Tal como se ha visto anteriormente, el número de detenciones anuales practicadas por las fuerzas de seguridad es extraordinariamente

te elevado. La exigencia de regularidad en la práctica global de esta actividad estatal se torna, pues, inexcusable. Sin embargo, los mecanismos de control para la evaluación desde una perspectiva general son insuficientes, siendo imprescindible conocer los datos relativos a la duración del tiempo consumido por las detenciones policiales, su justificación, y la actividad que durante las mismas se realiza.

Una posible vía de control, ante la clara insuficiencia del procedimiento de *habeas corpus*, pues no está diseñado para ese control global, sería la aplicación del artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la forma propuesta, que ya de por sí supondría una cierta homogenización (y posiblemente reducción) del tiempo de duración de las detenciones en circunstancias similares.

En cualquier caso, y sea cual sea la postura que se adopte respecto del artículo 496 y el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe existir un adecuado control de que la actividad de las fuerzas de seguridad se ajusta a los parámetros que se han expuesto. No hay que olvidar que en la medida que es una restricción de la libertad, el Estado “consume” para la realización de su actividad un “combustible”, por así llamarlo, precioso. Así pues, habrá que ver si se consume en demasía o eficientemente pues, por las características de este “combustible”, la ineficiencia estatal supone la violación del derecho del ciudadano.

En ese sentido, parece evidente la necesidad de instaurar *marcadores* tanto “cuantitativos” como “cualitativos” relativos a la eficiencia en el “consumo” del derecho fundamental y un registro y tratamiento adecuado de esa información.

De ese modo se posibilitaría un doble control:

1.- Permitirían medir, tal como se ha indicado, la “eficiencia” en el “consumo” del derecho fundamental (que, en general, es condición de legitimidad de la propia actuación policial) y la detección de posibles disfunciones.

2.- Al mismo tiempo, ese control permitiría detectar y corregir desviaciones en el uso de la

detención, posibles malos usos de la institución para tratar de obtener resultados alejados de su uso legítimo.

En cualquier caso, esa información posibilitaría un control del cumplimiento de las condiciones de legitimidad de privación del derecho fundamental que se han ido exponiendo.

Posibles *marcadores*, podrían ser:

- Duración de la detención provisional y diligencias realizadas.
- Sistema de conducciones y características del partido judicial.
- Supuesto de la LECrim que ampara la detención y breve justificación.
- Sería conveniente tener conocimiento de cuántas coincidencias ha habido entre la valoración inicial del agente y su traducción en una posterior acusación, y, en su caso, condena en el proceso penal.
- También debería efectuarse un análisis de la clase de diligencias que se han practicado: si solo han sido diligencias para preparar la acusación o también para preparar la defensa (artículo 2 de la LECrim).
- Control de la necesidad o no de mantener la situación de privación de libertad para su presentación al Juez.
- Modo en que se efectúa la detención, en el lugar de trabajo, vía pública, etc.
- Número de veces que se pone en libertad a la persona por presumir que comparecerá ante la autoridad judicial y número de ocasiones en que efectivamente es así.

Podrían también instaurarse módulos de tiempo recomendados para los supuestos más generales de detención; así, podrían asignarse tiempos según las actividades realizadas. Lo habitual es que se redacte la intervención de los agentes y en su caso la denuncia, se solicite abogado, y que se lleve a cabo la información de derechos del detenido y cabe la posibilidad de que se le tome declaración, si es que no ejer-

cita su derecho a no prestarla (que es la regla general). Pues bien, para esa detención “tipo” se podría establecer una duración aconsejable, y analizar las desviaciones que se detectaran para corregir las disfunciones, etc., tratando de llegar a la máxima uniformidad y eficiencia posible en todo el Estado.

En otras palabras, es imprescindible que en la obligación de proporcionar un espacio común de convivencia, y la obtención de un

resultado aceptable en la persecución de violación de derechos de los ciudadanos, el Estado, a su vez, atendida la propia la naturaleza de determinados derechos, no puede para cumplir esa obligación violarlos; por lo que, en el caso de la detención, debe establecer los mecanismos necesarios (y que los resultados sean públicos) para comprobar que está cumpliendo las condiciones que legitiman la privación del derecho fundamental.

## NOTAS

1. Este texto parte de la intervención en la mesa redonda sobre el conflicto entre Libertad y Seguridad, en la Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial el 24 de junio de 2010, actividad dirigida por T.S. Vives Antón.

2. Debiendo también establecerse mecanismos frente al poder del Estado y la conducta de particulares.

3. John Rawls señala que “Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar” *Teoría de la Justicia*, página 20, Fondo de Cultura económica, Madrid 1978, y, podríamos añadir también, que ello supone para la persona una posición en los sistemas que lo reconocen de la que carece en aquellos que no. Tom Campbell en “*La Justicia*” Gedisa Barcelona 2002, página 147, recoge críticas al modelo utilitarista de Posner: “Como han señalado muchas críticas, esto representa una base bastante inestable para la defensa de los derechos, ya que podría resultar que, por ejemplo, alguna forma de esclavitud fuese en algunas circunstancias el sistema más eficiente de creación de riqueza. Además como sucede con todas las justificaciones utilitaristas *ad hoc* de los derechos, este enfoque parece alcanzar la respuesta correcta por razones equivocadas, en el sentido de que nuestras objeciones a la esclavitud están basadas en consideraciones distintas de la falta de utilidad. Pocas personas estarían de acuerdo con Posner en que el apartheid está mal simplemente porque es ‘improbable que el ostracismo, la expulsión o la segregación de un grupo productivo incremente realmente la riqueza de la sociedad’”.

4. NAGEL Thomas *Igualdad y parcialidad*, Barcelona, Paidós 2006, muchas de las consideraciones que se efectúan en este apartado provienen del mismo.

5. Es una sentencia que dejó sin efecto la difícilmente comprensible doctrina de *Bowers v. Hadwick* (1986) respecto de los derechos de los homosexuales. En el análisis del entorno (valores que compartimos con otros, dice la sentencia) cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Dudgeon v Reino Unido* (1981), P.G. J.H. v Reino Unido (2001). *Modinos v. Chipre* (1993), y *Norris v. Irlanda* (1988). También el TEDH ha citado al Tribunal Supremo norteamericano, por ejemplo, la importancia de *New York Times Co v. Sullivan* trasciende al derecho norteamericano ya que ha inspirado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así la sentencia del TEDH caso *Lingens contra Austria* de 8 de julio de 1986, sentencia, a su vez, citada por muchas posteriores, por ejemplo, *Castells contra España* de 1992, *Brasilier contra Francia* de 18 de abril de 2006 o *Desjardin contra Francia* de 2007, o bien —en otra materia— la STEDH —Gran Sala— *Jalloh contra Alemania* donde se recoge, *Schrmerber contra California*, *State of Ohio contra Dario Williams* y especialmente *Rochin contra California*.

6. Estimo que el argumento del juez Scalia en su voto particular afirmando que “la 14ª enmienda expresamente permite a los Estados privar a los ciudadanos de su libertad” (Beltrán-González *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC Madrid 2005 pág. 639) no toma suficientemente en consideración lo indicado al inicio respecto a las limitaciones de las mayorías y que además se trata de la aplicación a esa cuestión del derecho sancionador.

7. Véase, por ejemplo, la libertad de expresión y la protección a determinados grupos, lo cual no impide que se valore otorgar algún tipo de reconocimiento/favorecimiento, bajo determinadas condiciones, a través de otros mecanismos distintos a limitaciones de dicha libertad. En un voto particular de O.W. Holmes respecto de la libertad de pensamiento, caso *Schwimmer (United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644—1929—)*, en un supuesto en el que se denegó la

ciudadanía a una mujer de cincuenta años que había declarado en su solicitud que no tomaría las armas para defender el país, afirmó: "La idea de que las optimistas profecías de la solicitante la convierten en una peor ciudadana queda rebatida por su interrogatorio; el cual parece el mejor argumento que puede ofrecerse a favor de su admisión. Algunas de sus respuestas pueden suscitar los prejuicios de mucha gente, pero si se exige un principio de la Constitución que exige adhesión mas imperiosamente que ningún otro ese es el principio de libertad de pensamiento no el libre pensamiento con quienes estamos de acuerdo sino la libertad para el pensamiento que detestamos. Creo que ése es el principio que deberíamos observar en relación tanto con la admisión en este país como con la vida dentro de él" Tomado de *Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes*, Iustel, Madrid, 2006, Estudio preliminar y traducción de César Arjona Sebastián. Este voto es coherente con lo que Holmes señaló en uno de sus comentarios acerca del juez Stone: "Hace unos setenta y cinco años que aprendí que yo no era Dios. Así, cuando la gente... quiere hacer algo y no encuentro nada en la Constitución que expresamente les prohíba hacerlo, me guste o no, tengo que exclamar...; Maldita sea!, dejarles que lo hagan", SCHWARTZ Bernard *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, Cuadernos Civitas Madrid 1989, página 56.

8. No es objeto de este trabajo la cuestión apuntada por Nagel relativa al análisis de las posiciones de Hobbes, que distinguía entre derechos exclusivos y no exclusivos, entendiendo que los derechos exclusivos —derechos que excluyen a otros de interferir directamente con su disfrute o ejercicio, y que, para él, solo pueden surgir a través del abandono por parte de los individuos que entran en la sociedad civil, de amplios fragmentos de los derechos no exclusivos que poseen en el estado de naturaleza—, y las de Locke, que consideraba los derechos exclusivos como derechos naturales y presociales; tan solo indicar que, es difícil hablar de derechos sin otros seres humanos, y, por tanto, un cierto asociacionismo (hay cierta similitud con el argumento contra el lenguaje privado que toma su base en Wittgenstein), realmente, en otro caso, el ser humano posiblemente no sería tal como ahora lo concebimos.

9. Ver NAGEL Thomas, *Igualdad y Parcialidad*, Paidós, Barcelona 2006, página 154.

10. NAGEL Thomas, *Igualdad y parcialidad*, Paidós Barcelona 2006, página 154, señala: "Un orden social legítimo no sólo tiene que ser aceptable desde una perspectiva completamente aislada, sino que también debe serlo para cada individuo desde su perspectiva mixta que incluye una combinación similar en los demás. Todo esto plantea ciertas limitaciones estrictas respecto a qué cosas se pueden hacer a cualquier individuo a través del inmenso poder del Estado, ya sea al servicio del bienestar general, de la igualdad o de objetivos perfeccionistas. Hay también, al igual que con la justicia distributiva, un supuesto claro de responsabilidad negativa del Estado sobre las violaciones de derechos que no comete pero que inevitablemente fracasa en prevenir. No parece discutible que el Estado esté obligado a prevenir que sus ciudadanos violen los derechos de otros; pero incluso es más clara su responsabilidad positiva de no violarlos él mismo y, en algunos casos, esto puede hacer que no se atienda a las exigencias de responsabilidad negativa para impedir políticas que, en caso de adoptarse, disminuirían la cantidad global de violaciones de derechos".

11. NAGEL Thomas, *Igualdad y parcialidad*, Paidós, Barcelona 2006, página 159 y 160.

12. La Enmienda IV. de la Constitución norteamericana recoge: "No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino a virtud de causa probable, apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas" y la V: Ninguna persona será obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá nadie ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o la integridad corporal; ni será compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni será privado de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley; ni se podrá tomar propiedad privada para uso público, sin justa compensación" La traducción completa de la Constitución de los EEUU puede verse en la página web de Lex Juris de Puerto Rico. Sin embargo las traducciones no son idénticas, véanse por ejemplo las diferencias con la traducción de Cato Institute [www.elcato.org](http://www.elcato.org).

13. Como la Constitución Española, el Convenio Europeo de 26 noviembre 1987, ratificado por Instrumento de 28 abril 1989. Prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, el Pacto Internacional de 19 diciembre 1966, ratificado por Instrumento de 27 abril 1977. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, o el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

14. Artículo 3. Prohibición de la tortura. “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

15. “Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia. 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7. 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.”

16. Tomado de FIDALGO GALLARDO Carlos, “*Las ‘pruebas ilegales’: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid 2003, página 430.

17. Se utiliza la traducción de la Sentencia de Patricia Faraldo Cabana en ALÁEZ Corral—ÁLVAREZ Álvarez “*Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*” Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid 2008.

18. En ese sentido artículo 5 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”.

19. RAMIREZ Ortiz Jose Luis, Boletín JpD mayo 2008 Jornada sobre la detención en Mataró: la máquina de la justicia y el otro 0,7%.

20. Evolución de la criminalidad balance de 2008 y 2009, que se refieren al ámbito de actuación de CNP y Guardia Civil. También referido a 2005 el Anuario estadístico del Ministerio del Interior, si bien en ese caso incluye los de la policía autonómica vasca.

21. Crecimiento paralelo ha experimentado la población reclusa, que en abril de 2010 era de 76.676 personas, en el año 2009 76.079, frente a las 73.558 de 2008, y es que ya se ha recogido en los medios de comunicación (por ejemplo en La Vanguardia de 14.6.2010) que somos el país de Europa occidental con un porcentaje superior de presos por habitante. También es llamativa la distribución por sexos, pues más del 90% de la población reclusa es masculina.

22. THAMAN C. Stephen, “*Detención y prisión provisional en los Estados Unidos*” Cuadernos de derecho Judicial XVIII 1996 CGPJ

23. Preocupación que lamentable solo se ha recogido cuando afectó a determinadas personas de relevancia pública.

24. RAWLS John, Teoría de la Justicia, Fondo de Cultera Económica, México 1995.página 234. Rawls, en otro lugar, página 274 habla de que la libertad es un complejo de derechos y deberes definido por las instituciones. Sobre la problemática de la libertad puede verse VIVES ANTÓN T.S. “La libertad como pretexto” Tirant lo Blanch, Valencia 1995 páginas 387 y ss.

25. Que no se identifica con la libertad de circulación del artículo 19 de la Constitución, RAMIREZ-VALERA, *Doce tesis en materia de detención policial*, Jueces para la Democracia, Información y Debate, julio de 2008.

26. VIVES Antón TS, “La detención”, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1977, página 17.

27. Así, el Tribunal Constitucional señala en la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 341/1993 (Pleno), de 18 noviembre que: “libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud. No cabe, pues, hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del art. 17.1 de la Constitución cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención, y bien claro está que si éste del acatamiento fuera el criterio para reconocer o no una situación de privación de libertad perderían toda objetividad las garantías del art. 17 y se concluiría en hacer de peor condición a la

persona que acata la orden que a aquella otra que la desatiende o resiste. Una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 1971, Caso de Wilde, Ooms y Versyp, II, 65)”.

28. GIMENO Sendra Vicente. El proceso de habeas corpus. Tecnos 1996, página 15. RAMÍREZ-VARELA, *Doce tesis en materia de detención policial*, Revista Información y debate, jueces para la Democracia julio 2008. Tesis 4, página 33.

29. GIMENO Sendra Vicente. El proceso de habeas corpus. Tecnos 1996, página 28.

30. En ocasiones se analizan otras cuestiones, así en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán BVerfGE 104, 220 [Detención para efectos de extradición] “La pérdida de libertad a consecuencia de una detención (aquí: detención para efectos de extradición) constituye un indicio de la existencia de un *interés de rehabilitación* [de la buena fama] de la persona afectada. Tal interés se encuentra protegido por el Art. 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental, el cual garantiza el derecho de los particulares a que los actos de autoridad —que vulneren derechos de los particulares— puedan ser sometidos al control jurisdiccional. Este derecho subsiste aun cuando el acto de autoridad se haya consumado. El otorgamiento de protección jurídica no puede depender de la manera concreta en que se desarrolla el proceso, como tampoco depende del momento en el que se llevó a cabo el acto ni de la circunstancia de que la protección jurídica habitualmente puede ser obtenida antes de que concluya la detención”. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

31. GIMENO Sendra Vicente. *El proceso de habeas corpus*. Tecnos 1996, página 28. En el sentido de instrumentalizado respecto del proceso penal también Barona Vilar Silvia, en *Derecho jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch Valencia 2007 página 480.

32. Sobre la privación de libertad de los testigos para ser conducidos a juicio puede verse Salvador Camarena Grau, en, *99 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, junto con Roser Bach Fabregó, Juan Igartua Salaverría, Juan José López Ortega, Manuel Miranda Estrampes, Jaime Moreno Verdejo, María Poza Cisneros, José Manuel Sánchez Siscart Grupo de Investigación dirigido por Javier Hernández García, CGPJ Manuales de Formación Continuada 51/2009.

33. En el año 2008 se produjeron 8.881.317 identificaciones del art 20 LOPSC de las que 8.661.672 lo fueron en la vía pública y 219.645 lo fueron en dependencias policiales, fuente: Anuario estadístico 2008 del Ministerio del Interior, que puede obtenerse en su página web.

34. Previamente el TC había señalado: “Una recta identificación del concepto de “privación de libertad”, que figura en el art. 17.1 de la Constitución, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que disponen el referido artículo de la norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad —en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita— queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean. Este Tribunal, por ello, podrá revisar la calificación constitucional dada a los hechos que consideró probados el juzgador “a quo” cuando en la demanda de amparo se alegue que dicha calificación fue incorrecta y que, por serlo, se procedió por el Juez a una equivocada subsunción de los hechos”.

35. Así por ejemplo VEGA RUIZ, Jose Augusto de; y GRANADOS PÉREZ Carlos en, *La prueba en el proceso penal*, CGPJ 1/1992 para la conducción forzosa de testigos prevista en la LECrim.

36. “Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un Juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio”.

37. Sobre la recepción de la doctrina del TEDH por el TC puede verse QUERALT Giménez Argelia, “La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional”, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid 2008.

38. Un análisis de la detención en los EEUU puede verse en THAMAN Stephen C., en “*Detención y prisión provisional en los Estados Unidos*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Detención y prisión, CGPJ 1996 XVIII.

39. Es necesaria una adecuada recepción de la doctrina constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales, atendido el volumen de recursos de acaparo que ha generado esta cuestión, y sería conveniente un adecuado análisis de su causas que excede del objeto de este trabajo, tan solo apuntar, que entiendo que no puede desvincularse, entre otros factores, del modelo de juez y su posición en la fase de instrucción.

40. Idéntico plazo en el artículo 104.3 de la Ley Fundamental alemana: “3. Toda persona detenida preventivamente por sospecha de acción punible deberá ser llevada ante el juez al día siguiente, a más tardar, de la detención, y el juez deberá comunicar al detenido los motivos de la detención, interrogarle y darle oportunidad para que formule objeciones. El juez deberá asimismo y sin demora dictar auto razonado y escrito de prisión o disponer la puesta en libertad”

41. Por ejemplo, BARONA Vilar, Silvia, *Garantías y derechos de los detenidos*, Derechos procesales fundamentales, Manuales de formación continuada, 22/2004 señala;”El art. 496 de LECrim prevé un límite de veinticuatro horas; el art. 520.1 II, LECrim (redactado conforme a la LO 14/1983, de 12 de diciembre), establece que no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario y, en todo caso, nunca de duración superior a setenta y dos horas; y el art. 17.2 CE fija el límite máximo en setenta y dos horas (...):

a) El límite de veinticuatro horas del art. 496 supuso, desde la promulgación de la LECrim, un elemento de difícil integración con los códigos penales y las Constituciones aprobadas a lo largo del siglo XX, dado que en éstos se hacía referencia al límite máximo de setenta y dos horas, tanto para delimitar lindes constitucionales como para fijar los elementos del tipo penal de detenciones ilegales.

b) El art. 17.2 CE mantuvo lo que venía siendo una constante en los textos anteriores, dejando claro que este precepto supone la fijación temporal máxima constitucional de la detención, de manera que el legislador ordinario no podría rebasarlo, si bien podría determinar un plazo legal ordinario menor. (...) La pluralidad de interpretaciones todavía hoy están presentes. Hay autores que defienden que el límite legal ordinario es el que marca la LECrim en el art. 496 (veinticuatro horas), si bien otros utilizan el tenor literal del art. 520.1.II, redactado por LO 14/1983, para dar viabilidad a dos posiciones diferentes: “*dentro de los plazos establecidos en la presente ley*” permitiría argumentar en favor de la pervivencia del plazo de veinticuatro horas del art. 496; por otro lado, el tenor literal de “...y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas” podría, incluso integrándolo con fundamentos históricos, apoyar la derogación del plazo de veinticuatro horas; opinión ésta última que compartimos, atendida la jurisprudencia del TS, que ha entendido que debe prevalecer el texto constitucional, si bien interpretada desde la doctrina del TC, que insiste en que la detención no debe durar más tiempo del estrictamente necesario, lo que comporta que este plazo es máximo, y como tal debe ser utilizado, evitándose las dilaciones injustificadas”. Sin embargo esos fundamentos históricos, que no se recogen, no pueden ser determinantes y permiten llegar a la conclusión contraria, véanse las obras citadas de VIVES Antón y GIMENO Sendra, ni tampoco es una cuestión cerrada en la jurisprudencia del TS, es cierto que la STS núm. 457/1999, de 19 junio dice que: “En lo que respecta al tiempo legal máximo que puede durar la detención cautelar, el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone ciertamente que el detenido habrá de ser puesto en libertad o a disposición judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes. Sin embargo el artículo 520, según la redacción dada por LO 14/1983, de 12 de diciembre, y el propio artículo 17.2 de la Constitución Española determinan un plazo de setenta y dos horas. Aunque un cierto sector doctrinal ha sostenido que la Constitución Española establece una duración máxima que la Ley ordinaria puede restringir, viene en general entendiéndose que, siendo la Constitución Española norma jerárquicamente superior a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y posterior en el tiempo, ha modificado el artículo 496. Esta interpretación es la mantenida por esta Sala como por ejemplo en la Sentencia de 11 de octubre de 1988 considerando que debe prevalecer el Texto Constitucional cuyo criterio ha sido corroborado por la LO 14/1983”, posteriormente admite que es algo discutido, por ejemplo en la STS núm. 672/2001, de 11 abril, sin que en las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal posteriores a dichas resoluciones (entre ellas la relativa a la prisión provisional), se haya efectuado modificación alguna en la redacción del artículo 496.

42. A mi juicio idéntica conclusión cabría extraer de *Corley v. United States* (2009):“(…) Justice Frankfurter’s point in *McNabb* is as fresh as ever: “The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards”. 318 U. S., at 347. *McNabb-Mallory* is one of them, and neither the text nor the history of §3501 makes out a case that Congress meant to do away with it.

The Government’s fallback claim is that even if §3501 preserved a limited version of *McNabb-Mallory*, Congress cut out the rule altogether by enacting Federal Rule of Evidence 402 in 1975. Act of Jan. 2, Pub. L. 93–595, 88 Stat. 1926. So far as it might matter here, that rule provides that “[a]ll relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United States, by Act of Congress, by these rules, or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority”. The Government says that *McNabb-Mallory* excludes relevant evidence in a way not “otherwise provided by” any of these four authorities, and so has fallen to the scythe.

The Government never raised this argument in the Third Circuit or the District Court, which would justify refusing to consider it here, but in any event it has no merit. The Advisory Committee's Notes on Rule 402, which were before Congress when it enacted the Rules of Evidence and which we have relied on in the past to interpret the rules, Tome v. United States, 513 U. S. 150, 160 (1995) (plurality opinion), expressly identified McNabb-Mallory as a statutorily authorized rule that would survive Rule 402: "The Rules of Civil and Criminal Procedure in some instances require the exclusion of relevant evidence. For example, ... the effective enforcement of ... Rule 5(a) ... is held to require the exclusion of statements elicited during detention in violation thereof". 28 U. S. C. App. , pp. 325-326 (citing Mallory, 354 U. S. 449, and 18 U. S. C. §3501(c)); see also Mallory, supra, at 451 ("Th[is] case calls for a proper application of Rule 5(a) of the Federal Rules of Criminal Procedure ..."). Indeed, the Government has previously conceded before this Court that Rule 402 preserved McNabb-Mallory. Brief for United States in United States v. Payner, O. T. 1979, No. 78-1729, p. 32, and n. 13 (1979) (saying that Rule 402 "left to the courts ... questions concerning the propriety of excluding relevant evidence as a method of implementing the Constitution, a federal statute, or a statutorily authorized rule," and citing McNabb-Mallory as an example). The Government was right the first time, and it would be bizarre to hold that Congress adopted Rule 402 with a purpose exactly opposite to what the Advisory Committee Notes said the rule would do"

43. Art 489 "Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban". También parece coherente con la regulación general del atestado recogida en el artículo 295 LECrim: "En ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la Autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieren practicado"

44. A mi juicio, con la actual regulación ello no debería significar una negativa sistemática a su práctica cuando se solicitara, aunque el Auto del TC rechazara la admisión a trámite del amparo que se le pedía. El TC entendió que esta cuestión no afectaba a las garantías constitucionales y que era permisible su diseño de ese modo por la ley considerando que no afectaba al núcleo esencial de la asistencia letrada, sin que se vulnerara el derecho de defensa con la no previsión legal de una entrevista previa con el letrado defensor antes de la declaración policial (ATC 23/2006 de 30.1.2006). Sin embargo seguramente el TC no tuvo en cuenta su *trascendencia práctica* debido a la actual *desregulación* del proceso penal. No es posible analizar en estos momentos la problemática suscitada por el Auto del TC y el posterior Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 28.11.2006 relativo a la valoración de las manifestaciones del imputado, algo que el Auto del TC no entra a analizar. Puede verse un análisis del alcance del mencionado acuerdo en MENÉN-DEZ de Lúcar Colmenero Miguel, *La confesión del acusado como única prueba de cargo*, en la revista Información y Debate de Jueces para la Democracia número 64 de marzo de 2009. El estado de la cuestión en la jurisprudencia de la Sala II respecto del mencionado Acuerdo puede verse en la STS 8.7.2010 (Ponente Sr. Ramos Gancedo): "Por otra parte, en Pleno no jurisdiccional celebrado el 28 de noviembre de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó que "las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia". Acuerdo que fue seguido de las STS n.º 1215/2006, de 4 de diciembre. En estos casos, aun cuando la declaración sea valorable, la prueba de cargo no viene constituida, en realidad, por el contenido de la declaración policial considerado en sí mismo y aislado de cualquier otro elemento, sino por el dato objetivo de carácter incriminatorio ya aportado en esa declaración, cuya realidad ha sido posteriormente comprobada por otros medios, siempre que haya sido incorporado válidamente al juicio oral. Asimismo, nada impide que las declaraciones policiales válidas sean empleadas en el interrogatorio del plenario con la finalidad de aclarar las diferencias entre unas y otras manifestaciones, especialmente en relación con los aspectos objetivos acreditados por otras pruebas a los que se acaba de hacer referencia, pues es claro que debe existir una oportunidad para la defensa del acusado en orden a la aportación de una explicación razonable respecto de aquellos elementos que lo incriminan. Por lo tanto, cuando se trata de declaraciones policiales de imputados, es preciso, en primer lugar establecer su validez, descartando la vulneración de derechos fundamentales, a lo cual puede contribuir la declaración de quienes han intervenido o han presenciado la declaración. Y en segundo lugar, el Tribunal debe proceder a la valoración de los datos objetivos contenidos en aquella declaración cuya realidad haya sido comprobada, una vez incorporados debidamente al plenario por cualquiera de los medios admitidos por la jurisprudencia, lo que puede permitir al Tribunal alcanzar determinadas conclusiones fácticas en función de la valoración conjunta de la prueba"

45. Ésta es la posición, por ejemplo del Tribunal Supremo norteamericano en el ámbito del derecho penal sustantivo (*Flores-Figueroa v United States*, 4.5.2009).

46. No es posible una mayor extensión en esta cuestión, pero el "*más allá de toda duda razonable*" también debería operar aquí vista la naturaleza de las normas afectadas. En la Sentencia 109/1986 el Tribunal Constitucional ya afirmó que la presunción de inocencia: 1.- "El derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2.º del art.

24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes”.

47. Sobre esta materia puede verse QUERALT Jiménez Argelia, “La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, páginas 97 y ss.

48. Un análisis del “más allá de toda duda razonable” puede verse en VIVES ANTÓN T.S. Teoría&Derecho revista semestral junio/diciembre 2007 Tirant lo Blanch.

49. La Instrucción 12/2007 de la Secretaria de Estado de seguridad recoge: “1.- La detención constituye la medida cautelar personal llevada a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por la que se limita provisionalmente el derecho a la libertad de una persona. 2.- Decidida la procedencia de la detención, el agente policial deberá llevarla a cabo con oportunidad, entendiendo ésta como la correcta valoración y decisión del momento, lugar y modo de efectuarla, ponderando, para ello, el interés de la investigación, la peligrosidad del delincuente y la urgencia del aseguramiento personal”.

50. Las dificultades en la relación entre jueces de instrucción y fuerzas de seguridad, puede verse en RAMIREZ Ortiz José Luis. “Jueces y Policías”, Revista del Poder Judicial 88, primer trimestre de 2009, páginas 88 y ss.

51. *Artículo 489.* Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban. *Artículo 490.* Cualquiera persona puede detener: 1º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo. 2º Al delincuente “in fraganti”. 3º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionados en el número anterior. 6º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía. *Artículo 491.* [El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior. *Artículo 492.* La Autoridad o agente de Policía Judicial tendrá obligación de detener: 1º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490. 2º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código Penal superior a la de prisión correccional. 3º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente. 4º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él. *Artículo 495.* No se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle.

52. Las limitaciones de este trabajo impiden una mayor extensión del análisis, como por ejemplo, al caso del artículo 490.2: 2º Al delincuente “in fraganti”.

53. ENCINAR del Pozo, Miguel Ángel, *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad*, en Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos, Estudios de Derecho Judicial CGPJ número 155/2009, página 161 y ss. con citas de Fox, Campbell y Hartley, STEDH 30.8.1990, caso Murray, STEDH 28.10.1994, caso Elci STEDH 13.11.2003 o caso Tomecki, STEDH 20 de mayo de 2008,

54. VIVES Antón TS, “La detención”, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1977, página 71.

55. La Ertzaintza ha dado un paso en ese sentido, habiendo obtenido un certificado UNE-EN-ISO 9002, otorgado por Aenor, como aval de calidad para el procedimiento que supervisa todas las detenciones que se realizan en su principal centro policial, la comisaría de Deusto, en Bilbao, fuente: <http://datos.ertzaintza.net>

56. El reglamento distingue, a partir de su artículo 50 entre partidos judiciales donde haya treinta y tres o más Juzgados de Instrucción, con un servicio de guardia diario de veinticuatro horas de duración, iniciándose a las nueve de la mañana (art. 51), distinguiendo después en partidos judiciales partidos judiciales con trece o mas Juzgados de Instrucción, (artículo 55), con diez o más Juzgados de Instrucción (artículo 57), con ocho o más Juzgados de Instrucción (artículo

59), y luego resto de partidos y partidos con Juzgados mixtos (artículo 60), hasta llegar (artículo 61) partidos judiciales en que existe un único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, y en el que el servicio de guardia será permanente y se prestará durante la jornada ordinaria de trabajo, sin que la misma experimente alteración alguna. Si bien, fuera de dicha jornada, el Juez y el Secretario del Juzgado, así como el funcionario o funcionarios a los que por turno corresponda, permanecerán en situación de disponibilidad y en condiciones de continua localización para atender puntualmente a cualesquiera incidencias propias del servicio de guardia que pudieren suscitarse, en cuyo caso se incorporarán al mismo de forma inmediata.

57. Por ejemplo, a que “no está terminado el atestado”.

58. Como recogen Ramírez Ortiz-Valera Castejón, obra citada.

59. Relata THAMAN C. Stephen, “*Detención y prisión provisional en los Estados Unidos*” Cuadernos de Derecho Judicial XVIII 1996 CGPJ, que los tribunales de St. Louis Missouri, donde supervisaba un programa con estudiantes en la Oficina del Fiscal, ordenaban la libertad provisional en casi todos los casos de tráfico de drogas debido a la falta de espacio en la cárcel, mientras que en el Condado de Alameda, California, donde trabajó como fiscal en los años 1976-1987, la mayoría de los imputados en casos semejantes permanecían en prisión hasta el juicio oral, añadiendo que el estado de muchas cárceles municipales, que albergan a la gran mayoría de los detenidos en espera de juicio oral, es terrible y a menudo peor que las cárceles estatales, donde los reos cumplen sus condenas privativas de libertad.

**Fecha de recepción: 16 de septiembre de 2010**

**Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011**

## RESUMEN

Está muy propagada la tesis —merced a su difusión por altos Tribunales y por juristas punteros— de que las sentencias absolutorias (y los veredictos de inculpabilidad) no requieren de motivación, ya que lo contrario entrañaría la disparatada exigencia de probar la inocencia, echando por tierra con ello el elemento más definitorio de la presunción de inocencia.

En este artículo, sin embargo, se pretende mostrar que semejante dilema se fundamenta en un malentendido.

## PALABRAS CLAVE

PRESUNCIÓN, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, ESTÁNDARES DE PRUEBA, DUDA RAZONABLE, CONVICCIÓN JUDICIAL, MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS (Y VEREDICTOS).

## ABSTRACT

Thanks to its diffusion by high courts and leading lawyers, it is widely held that acquittals (and verdicts of innocence) do not require grounds, as it would otherwise lead to the absurd requirement of having to prove innocence, thereby derailing the most defining element of the presumption of innocence.

In this article, however, we show that this dilemma is based on a misunderstanding.

## KEY WORDS

PRESUMPTION, PRESUMPTION OF INNOCENCE, STANDARDS OF PROOF, REASONABLE DOUBT, JUDICIAL CONVICTION, GROUNDS FOR JUDGEMENT (AND VERDICTS).

# ¿ES UN DISLATE EXIGIR LA MOTIVACIÓN DE UNA SENTENCIA ABSOLUTORIA POR DUDA RAZONABLE?

Juan Igartua Salaverría

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad del País Vasco

La penalista Mercedes Pérez Manzano ha publicado, en la última entrega de la revista *Jueces para la Democracia* (2010, nº 67) un artículo (“Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda”) que es revisión de una contribución anterior suya (“Absolución en caso de duda: fundamento y sentido”) incluida en un libro homenaje al Prof. Vives Antón (*Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Valencia, 2009). La autora defiende cuatro tesis. Comparto las tres primeras (de modo que pasaré por encima de ellas) y disiento frontalmente de la cuarta (sólo a ésta me referiré, por tanto) y cuyo tenor es: “la absolución en un caso de duda no requiere motivación y exigirla constituye un *dislate* en el Estado de Derecho”.

En algún lugar también yo sostuve, hace algunos años y con reiteración, justamente lo contrario<sup>1</sup>. Y a día de hoy persisto en el mismo planteamiento, que —naturalmente— puede ser erróneo, discutible, escasamente fundado, etc.; pero nunca supuse —tampoco ahora— que llegara a la enormidad de un “dislate”. Por

eso, si la doctora Pérez Manzano lo toma a bien, me encantaría entablar con ella una discusión al respecto.

1. Pacíficamente se considera que la *presunción de inocencia* constituye el principio informador de toda la actividad probatoria en el proceso penal<sup>2</sup>. Pero tratándose de una *presunción* “*sui generis*”, conviene abundar en algunas precisiones<sup>3</sup>.

A. La estructura *típica* de las presunciones consiste en la articulación de tres elementos: un *hecho base* (Pedro, afectado por un edema pulmonar, estuvo solo durante cuatro días a una altitud de 7.600 metros en el Annapurna), un *hecho presunto* (Pedro murió), y una *regla de presunción* que une el hecho base con el hecho presunto (una persona es incapaz de aguantar con vida tanto tiempo en tales condiciones). Habría tres maneras de destruir la presunción: negando el hecho base (p.ej. sosteniendo que Pedro estaba en perfectas condiciones y únicamente a 760 metros), o negando el hecho presunto (Pedro ha sido visto con posteriori-

dad paseándose por Katmandú), o negando la regla de presunción (los estudios empíricos atribuyen al cuerpo humano superior capacidad de resistencia que la presumida).

B. Hay dos géneros de presunciones: las *teóricas* —también llamadas “judiciales”— (“se presume”) y las *normativas* —también denominadas “legales”— (“debe presumirse”). La diferencia entre unas y otras radica en la regla de presunción; ésta es —en las teóricas— una *máxima de experiencia* (verdadera o falsa o de variable probabilidad y por tanto discutible); en cambio —en las normativas— es una *norma legal* (ni verdadera ni falsa ni más o menos probable y por tanto no sujeta a discusión). Como ilustración de presunción *teórica* puede servir el ejemplo anterior (la presunción de que Pedro ha muerto en el Annapurna). Como muestra de presunción *normativa* podría valer el art.116 del código civil (“se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”). Y eso entraña consecuencias. La presunción *teórica* es derrotable —como más arriba se dijo— atacando cualquiera de los *tres* elementos de la presunción (el hecho base, el hecho presunto y la regla de presunción). Por el contrario, la presunción *normativa* sólo es atacable por los *dos* extremos (el hecho base y el hecho presunto, pero invulnerable en el nexo que los une —la regla de presunción— al tratarse de una norma establecida por el legislador).

C. El género de las presunciones normativas comprende a su vez dos especies netamente diferentes, a saber: la de las presunciones normativas *condicionadas* (o hipotéticas), así conceptuadas por estar sometidas a una condición, es decir a la prueba de un hecho base (p.ej. que cuando el niño nació, la madre de éste era esposa de Pedro desde un año atrás); y la de las presunciones normativas *incondicionadas* (o categóricas) que funcionan sin referencia a ningún hecho base (p.ej. a nosotros se nos presume la inocencia porque sí, sin necesidad de aportar dato ninguna). Es decir, las presunciones condicionadas responden a la

típica estructura tripartita (hecho base/regla de presunción/hecho presunto) de las presunciones; en tanto que las presunciones incondicionadas son atípicas en cuanto compuestas por sólo dos elementos (regla de presunción/hecho presunto).

D. Como acabo de sugerir, la *presunción de inocencia* pertenece a la clase de las presunciones normativas incondicionadas; y como tal, además de intocable la regla de presunción que la constituye, no necesita fundamentarse en ningún hecho base; sólo se prestaría al ataque el hecho presunto. Es decir, la presunción de inocencia no requiere prueba; sólo la necesita el hecho que pretenda destruir el hecho presunto<sup>4</sup>.

2. Por tanto, en el proceso penal, la hipótesis que defiende la acusación (es decir, la negación del hecho presunto) es la única que demanda ser probada; en su derredor gira, por tanto, toda la actividad probatoria. Aquí asoman dos cuestiones: la de la *carga* de la prueba y la del *quantum* de la prueba.

A. La más trillada (y resuelta) de las dos consiste en determinar quién debe asumir la *carga* de la prueba. Hoy todo el mundo suscribe la fórmula “*actori vel accusatori incumbit probatio*”, remachándola con la frase ya devenida tópica de que “el acusado no tiene que probar su inocencia”, aunque esto último puede ocasionar sin embargo algún malentendido. No se trata de que al acusado no le corresponda *cargar* con la prueba de la inocencia sino de algo más radical: que la *inocencia* nunca es *objeto* de prueba (es por eso que ni al acusado ni a ningún otro le toca probarla). En la *culpabilidad* del acusado se focaliza por entero el *objeto* de la prueba. De manera que el juez, tras valorar el abanico de pruebas desplegadas con todas las garantías en la vista oral, deberá resolver si la hipótesis acusatoria (p.ej. “Pedro mató a Juan”) ha sido *probada* o *no—probada*, nada más; teniendo presente que una fallida prueba de la culpabilidad de Pedro no equivale a una prueba positiva de su inocencia (del enunciado “*no está probado* que Pedro mató

a Juan” de ningún modo puede inferirse que “está probado que Pedro *no mató* a Juan”<sup>5</sup>. Desde un punto de vista procesal, el acusado finalmente absuelto sale del juicio como cuando entró: disfrutando de la misma presunción de inocencia.

Pero no nos dejemos llevar por la inercia para concluir que, entonces, la defensa puede cruzarse de brazos a ver lo que pasa. De ningún modo. A la defensa tocará confutar la hipótesis acusatoria en sí misma y/o las pruebas que pretenden avalarla. Y para ello dispone de dos principales estrategias: bien socavándola por dentro (exhibiendo sus debilidades internas) o bien probando otra hipótesis incompatible con aquélla (p.ej. que el acusado se encontraba en Barcelona cuando el crimen se cometió en Madrid). Esto segundo demanda una aclaración: pese a las apariencias, la defensa no estaría probando la *inocencia* del acusado (a lo que nada le obliga, porque además es imperitante) sino un hecho incompatible con su *culpabilidad*.

B. Tan es así, que a nadie se le ocurre preguntar cuál es el *estándar* probatorio (el “quantum”) exigible para probar la inocencia del acusado. Esa cuestión, en cambio, cobra un prominente protagonismo cuando entra en juego la culpabilidad de la persona juzgada. Porque en ello reside, precisamente, la otra vertiente de la presunción de inocencia. O sea, no basta con que la acusación asuma la *carga* de la prueba; falta determinar cuándo ésa es *suficiente* para probar la culpabilidad del acusado.

Aquí radica, como de sobra se sabe, uno de los rasgos diferenciadores entre el proceso civil (en el que la “probabilidad prevalente” se erige en criterio de medida) y el proceso penal (en el que la culpabilidad ha de ser probada “más allá de toda duda razonable”<sup>6</sup>; diferencia que, si bien no imprescindible en línea de principio<sup>7</sup>, ha tenido refrendo explícito en determinadas legislaciones (como en Italia<sup>8</sup>, en Chile<sup>9</sup>, etc.) o ha sido asumida jurisdiccionalmente (también por el TC español<sup>10</sup>) o, en fin, goza de un generalizado respaldo doctrinal<sup>11</sup>.

Desborda la finalidad del presente comentario pasar revista a los variados ensayos por reducir la manifiesta indeterminación del estándar de la “duda razonable” (que suele hacerse recurriendo a parámetros *subjetivos* u *objetivos* —y dentro de éstos segundos optando por una dirección *cuantitativa* o *cualitativa*—<sup>12</sup>). Tampoco voy a abundar en las razones por las que un estándar de prueba (como el de la “duda razonable”) si estuviera provisto de ambigüedad y subjetividad no sería un estándar<sup>13</sup>; ni me haré eco —por el momento al menos— de si es posible formular un estándar de prueba para el proceso penal<sup>14</sup> y —si lo fuera— qué condiciones ha de satisfacer para que funcione como un criterio racional<sup>15</sup>.

Me basta y sobra con repudiar la reducción psicologista de la “duda” (que hace buenas migas con la “convicción” judicial) porque —si bien es también postura compartida por la Dra. Pérez Manzano<sup>16</sup> y no debiera mencionarse siquiera— en eso me apoyaré para mostrar la contradicción en la que —pienso— incurra la penalista.

3. Sentadas las dos premisas anteriores (que sólo hay una hipótesis a probar —la de la culpabilidad— y que ésta ha de ser probada más allá de toda duda razonable), la profesora Pérez Manzano extrae la conclusión de que “lo que ha de fundamentarse es la existencia de prueba suficiente para la condena”; de donde se seguiría que “mientras no se haya confirmado la hipótesis acusatoria más allá de toda duda razonable, entonces, carece de todo sentido exigir una motivación suplementaria al veredicto absolutorio”; ya que “no se ajusta al sentido del derecho a la presunción de inocencia exigir una fundamentación probatoria de la absolución” (p. 65). Como apoyatura, la interesada cita el párrafo de un voto particular a la STC 169/2004 (formulado por tres componentes del TC —a saber: Casas Baamonde, Pérez Vera y Pérez Tremps—) cuyo tenor literal es: “cuando se trata de sentencias absolutorias, exigir exteriorizar los motivos que avalen la existencia de pruebas suficientes para declarar la inocencia supone invertir el entendimiento del dere-

cho fundamental a la presunción de inocencia. Es la culpabilidad la que debe demostrarse, no la inocencia y, mientras no se haga, al acusado se le presume inocente, correspondiendo a la acusación la carga constitucional de aportar pruebas de culpabilidad del imputado y basándole al juzgador para absolver con dudar razonablemente sobre la suficiencia de la prueba de cargo para la condena<sup>17</sup>.

A. Quien sostenga que la motivación obligatoria de una sentencia (o veredicto) absolutoria(o) implica la exigencia de probar (o “demostrar”, como se dice) la inocencia del acusado, está mezclando planos, protagonistas y papeles diversos.

Olvidaría, para empezar, que una cosa es *probar* lo que corresponda y en el *grado* requerido, y otra bien distinta *valorar* si el resultado de prueba obtenido es o no el exigible y *justificar* dicha valoración. El primero de los cometidos es incumbencia de las *partes* (de una de ellas o de las dos, según); el segundo, cae dentro de la competencia del *juez*. Así las cosas, la presunción de inocencia juega a favor del *acusado* (que no está sujeto a probarla en *nada*) pero no en beneficio del *tribunal* (que está obligado a motivar *toda* resolución, tanto la condenatoria como la absolutoria).

Cuando el juez *motiva* una decisión (del signo que sea) *no está probando nada* (de lo contrario, se entrometería en una parcela reservada a las partes); se limita a *justificar* la valoración que le merecen las pruebas aportadas a favor de la hipótesis que se tercie (en el proceso penal —como ya se ha subrayado— sólo la hipótesis acusatoria). Por ello, la *motivación* de una sentencia (si fuera condenatoria) no perseguiría el disparatado objetivo de *probar* la culpabilidad de nadie ni (si fuera absolutoria —aún menos—) pretendería *probar* la inocencia del acusado; sino —en un caso y en el otro— el de *razonar* por qué la acusación *ha probado* o *no ha probado* la culpabilidad de aquél.

B. Extrañamente, en el artículo de nuestra penalista conviven (al parecer sin apuro) dos planteamientos antitéticos: uno, el que acaba de combatir (que motivar una decisión abso-

lutoria equivaldría a probar la inocencia del acusado); el otro —curiosamente— el que yo he utilizado para combatirlo (que la duda no exime de motivar una resolución absolutoria).

Justo en la página precedente (p. 64) a aquélla (p. 65) en la que se plasma la tesis que considero rechazable de plano, la autora escribe (cursivas mías): “La duda no es sino la insuficiente conexión racional entre las pruebas practicadas en juicio y los hechos objeto de acusación. (...) vinculado a lo anterior, la *existencia* o *ausencia* de una suficiente conexión racional entre pruebas e imputaciones es controlable en vía de recurso, no sólo de apelación sino también de casación y amparo”. Entonces, si la *existencia* o *ausencia* de *prueba suficiente* es motivo de recurso, eso significa que el tribunal de instancia deberá justificar —cuando condena— que *existe* prueba *suficiente* (esto es, que se ha superado la duda razonable); y, así mismo, deberá motivar —cuando absuelve— que *falta* prueba suficiente (es decir, que no se ha disipado toda duda razonable). Por lo que, en cualquiera de las dos situaciones, la motivación de las sentencias resulta inexcusable (también de las absolutorias, claro está).

La propia autora había puesto énfasis —lo apunté más arriba (nota 16)— en que “la *duda* no puede concebirse en sentido subjetivo como un estado mental de la conciencia individual de un juez, sino como *una condición objetiva racional* predicable de la *relación entre las pruebas y los hechos imputados*” (p. 64, cursivas mías). Ella misma, por tanto, está reconociendo que la duda razonable demanda ser acreditada como tal a través de la motivación; de donde se infiere —aunque esto ella no parece admitirlo, desconozco por qué— que la resolución absolutoria por la presencia de alguna duda debe ser motivada (más exactamente: debe motivarse la duda que legitima la absolución). No creo que sea preciso abundar sobre lo dicho.

4. ¿Qué tipo de motivación sería la adecuada para una sentencia absolutoria en caso de duda?

Hasta la saciedad se ha dicho que únicamente la hipótesis acusatoria necesita ser probada. Pues bien, la duda puede proyectarse de muy distinta manera sobre la construcción probatoria edificada por la acusación<sup>18</sup>: bien afectando al *objeto* de la prueba (o hipótesis a probar), o a los *medios* de prueba (los que sirven para probar la hipótesis), o a la *relevancia* de los medios de prueba (es decir, el nexo existente entre éstos y la hipótesis a probar), o finalmente al *resultado* de prueba (esto es, el grado de confirmación de la hipótesis).

A. El proceso penal tiene por *objeto* una hipótesis (la acusación no es otra cosa que la hipótesis sobre un hecho). Por lo general, la hipótesis sobre un hecho se escinde en varias sub-hipótesis en función de los elementos constitutivos del supuesto criminoso (supongamos p.ej. que los elementos definitorios de la estafa sean: una “representación”, el “dolo”, el “error de la víctima” y una “disposición patrimonial”), proveyendo a cada uno de los cuales de un contenido fáctico concreto, o sea reconduciéndolos a todos y cada uno a enunciados fácticos verificables<sup>19</sup>.

Entonces, la hipótesis acusatoria deberá armonizar enunciados fácticos que abarquen todos los elementos pertinentes y de una manera coherente (es decir explicando todos los hechos y de modo congruente). Aquí podría abrirse un frente para la duda dependiendo de si los enunciados fácticos superan o no el “test de la superposición” (la posibilidad de superponer a un enunciado fáctico otro enunciado igualmente razonable)<sup>20</sup>, así como si su recíproca articulación no alcanza una normal verosimilitud.

B. Una hipótesis perfectamente lógica y coherente, que lo explicara todo, sería gratuita o puramente conjetural de no contar con el sustento de los *elementos* de prueba. Y en este terreno pueden prodigarse situaciones —de tres tipos al menos— que abonen la duda.

Para empezar, aquellos supuestos en los que hay elementos de prueba pero éstos son *inválidos* (p.ej. a causa de su ilícita obtención); o aquéllos en los que aún contando con pruebas

válidas, la *fabilidad* de éstas no ha sido acreditada (con lo que sería insensato construir una prueba sólida con materiales de dudosa consistencia).

Para continuar, aquellas otras situaciones en las que no existe prueba para *todos* los enunciados fácticos en los que se desmenuza un hecho delictivo compuesto de varios elementos.

Para finalizar con los casos en los que aparecieran algunos elementos de prueba *incompatibles* con la hipótesis acusatoria o *igualmente compatibles* con otra hipótesis diferente.

C. La construcción probatoria de la acusación puede manifestar vulnerabilidades de otro cantar. Porque no toda información probatoria, aun la correctamente adquirida y firmemente acreditada, es *relevante* en el mismo grado.

Ya se sabe que la relevancia de un elemento de prueba depende de las inferencias (razonamientos científicos o de experiencia común) que sirven para conectar el “*factum probans*” (o elemento de prueba) con el “*factum probandum*” (o hipótesis a probar). Pues bien, en la selección de esos nexos inferenciales se advierten a menudo descuidos que generan luego viveros de dudas; por ejemplo —y sin ningún ánimo de exhaustividad<sup>21</sup>— si se realizan generalizaciones científicas a partir de datos estadísticos de frecuencia media; si se usa una máxima de experiencia que se contradice con otra máxima de experiencia: si se absolutiza un criterio de experiencia excluyendo toda excepción; si se atribuye al criterio inferencial un grado de probabilidad que no le corresponde; si ante dos criterios inferenciales no contradictorios pero que conducen a conclusiones distintas se elige el de inferior probabilidad, etcétera. A lo que iba: las debilidades en el entramado racional restan sostén (poco, bastante o mucho, en función de su número, gravedad y ubicación en la estructura probatoria) a un discurso que ambicione una firmeza por encima de la duda razonable.

D. Finalmente, aun en la suposición de que la hipótesis acusatoria colme los requisitos de la coherencia y de la completitud, que

encuentre corroboración en medios de prueba fiables y que los enlaces inferenciales entre éstos y aquélla fueran los adecuados, ¿quedaría resquicio para la duda razonable? Dependerá del grado de *conclusividad* que ostente el *resultado* de la prueba. De conformidad con el estándar estipulado (el del “más allá de toda duda razonable”), bastaría con que en la motivación judicial se *formule* (no que se pruebe) una hipótesis alternativa provista de una mínima verosimilitud (por relación a lo que según la experiencia común se considera como nor-

mal y familiar —o sea, *razonable*—; no valiendo, en cambio, una hipótesis abstractamente posible construida mediante una inverosímil combinación de circunstancias a su vez inverosímiles)<sup>22</sup>.

No creo que en este recorrido por los recorridos en los que puedan anidar razones para fundamentar una duda sobre la culpabilidad del acusado y la subsiguiente absolución, nadie haya advertido el mínimo esfuerzo por probar la inocencia de aquél.

## NOTAS

1. “La motivación del veredicto de inculpabilidad”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2005, vol. 1, D-43; “Un erróneo reflejo de la presunción de inocencia en los veredictos de inculpabilidad y las sentencias absolutorias”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2006, vol. 1, D-35; “Dos usos desviados de la presunción de inocencia”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2006, nº 7.
2. Cfr., por todos, M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, 2005; esp. pp. 105-159.
3. Inspiradas todas en J. AGUILÓ REGLA, “Presunción, verdad y normas procesales”, *Isegoría*, 2006, nº 35.
4. Cfr., entre muchos, J. WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el derecho* (trad.), Bilbao, 1985; p. 178.
5. Idea que, también en el artículo que discutiré, se expresa con no menor nitidez: “la regla que obliga al juez a absolver al acusado en caso de duda no confirma la ‘real inocencia del acusado’, sino que mantiene vigente la presunción jurídica de inocencia del acusado al no haberse confirmado su culpabilidad mediante pruebas suficientes” (p. 51).
6. Cfr., por todos, M. TARUFFO, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Jueces para la Democracia*, 2005, nº 52.
7. Se sostiene que de la presunción de inocencia deriva un estándar de prueba *en negativo*: la hipótesis de la culpabilidad debe —por lo menos— ser más probable que la hipótesis de la defensa. El principio constitucional no impone un estándar que vaya más allá. Por encima de este umbral ya sería posible cualquier estándar probatorio que el legislador dispusiera, con lo que —en rigor— no sería el principio constitucional el que marca el contenido de la ley ordinaria sino, al contrario, es la ley la que sube el estándar probatorio o lo deja donde estaba; y tal interpretación parece consonante con el tan citado art. 6.2 de la Convención europea de los derechos humanos donde se establece que al acusado se le presume inocente “hasta que su culpabilidad haya sido legalmente (*according to law*) declarada”, dando a entender que es la ley la que estipula el estándar probatorio (F. M. IACOVIELLO, “Lo *standard* probatorio dell’al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione”, *Cassazione penale*, 2006, nº 12; p. 3859). Por tanto, “no parece que la necesidad de utilizar este estándar (el de la “duda razonable”) provenga de la presunción de no culpabilidad del imputado”; “de hecho, en ausencia de diversos criterios formulados por normas (o que pueden recabarse de normas) sería posible superar la presunción con una prueba ordinaria de culpabilidad, o sea con la probabilidad prevalente del enunciado correspondiente” (M. TARUFFO, “Conocimiento científico...”, p. 71).
8. Así en el renovado art. 533 del *Codice di procedura penale* (cfr. C. PIERGALLINI, “La regola del ‘oltre il ragionevole dubbio’ al banco di prova di un ordinamento di civil law”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007).
9. En el art. 340 del *Código Procesal Penal* de aquel país (cfr. D. ACCATINO, “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad”, en el libro —del que ella misma es editora— *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago de Chile, 2010).

10. Que reconoce “el derecho a no ser condenado por hechos que no queden constatados más allá de toda duda razonable” (STC 70/2007).
11. Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milán, 2002 (si bien hay también opiniones que disienten como la de D. CARPONI SCHITTAR, *Al di là del ragionevole dubbio. Un tentativo di chiarezza sui principi*, Milán, 2008).
12. Panorama sintéticamente esbozado, entre otros, por C. ZAZA, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Milán, 2008; pp. 5-22.
13. Cfr. L. LAUDAN, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa*, 2005, nº 28.
14. Cfr. M. GASCÓN ABELLÁN, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa*, 2005, nº 28.
15. Cfr. J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007; pp. 144-152; así como D. ACCATINO, “¿Una teoría de la razonabilidad de la duda para el estándar de prueba penal?” (original facilitado gentilmente por la propia autora y que, seguramente, será publicado en breve).
16. Cuando escribe: “la duda no puede concebirse en sentido subjetivo como un estado mental de la conciencia individual de un juez, sino como una condición objetiva racional predicable de la relación entre las pruebas y los hechos imputados” (p. 64).
17. Y en nota a pie de página —en la misma p. 65— señala que al profesor Vives Antón “le asiste toda la razón” cuando advierte que, en caso de absolución, basta con “formular una duda razonable sobre la realidad de la imputación”.
18. Reconozco mi deuda con F. M. IACOVIELLO, “Motivazione della sentenza penale (controllo della)”, *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento IV*, Milán, 2000; pp. 772-776.
19. Por ejemplo: “la Sra. Márquez, directora de la galería de arte más importante del país, vendió a D. Agustín un cuadro de Dalí” (representación); “la Sra. Márquez sabía que se trataba de una reproducción” (dolo); “D. Agustín contrató, en una compañía de seguros, una póliza por riesgo de pérdida, daño o robo de un Dalí auténtico” (error de la víctima); “D. Agustín pagó a la Sra. Márquez cinco millones de euros” (disposición patrimonial) (Ejemplo tomado de A. BAYTELMAN — M. DUCE, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México DF, 2005; pp. 86-89).
20. Pej. al enunciado “la galería de la Sra. Márquez es la más importante del país” cabe superponerle el enunciado “las galerías de arte, por importantes que sean, venden tanto originales como reproducciones”; con lo que el primero no sería concluyente a fin de probar la “representación” (A. BAYTELMAN - M. DUCE, *Litigación penal...*, p. 91).
21. Cfr. M. TARUFFO, “Considerazioni sulle massime d'esperienza”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, nº 2; pp. 566-569.
22. Cfr. C. ZAZA, *Il ragionevole dubbio...*, pp. 127-130.

Fecha de recepción: 25 de mayo de 2010

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011

## RESUMEN

La relativización de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas a través de una suerte de *balancing test* jurisdiccional, olvida la perspectiva introducida por el art. 24. 2 CE relativa al derecho al proceso celebrado con todas las garantías que, en nuestra opinión, viene integrado, entre otras garantías, con la establecida en el artículo 11.1 LOPJ objeto de estudio en este trabajo. Solo un sistema de excepciones legalmente regulado puede desarrollar este aspecto esencial del citado derecho fundamental.

## PALABRAS CLAVE

PRUEBAS; REGLA DE LA EXCLUSIÓN; POISONOUS TREE DOCTRINE; DERECHO FUNDAMENTAL; PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS.

## ABSTRACT

The relativization of the so called “exclusionary rule” of illegal obtained evidences through a judicial “balancing test”, forget the perspective introduced by the Article 24. 2 CE on the right to due process what is guaranteed, among other guarantees, through the article 11.1 LOPJ referenced at this work. Only a legally regulated system of exceptions, can develop this essential aspect of that fundamental right.

## KEY WORDS

PROOFS, RULE OF EXCLUSION, POISONOUS TREE DOCTRINE, FUNDAMENTAL RIGHT, DUE PROCESS WITH LEGAL PROTECTIONS

# ANÁLISIS DE LA “TESIS DE LA DESVINCULACIÓN DE LA ANTI JURICIDAD”: UNA EXPLICACIÓN DE SUS LÍMITES BASADA EN EL DERECHO AL PROCESO Y SUS GARANTÍAS (ART. 24.2 CE)

Elena Martínez García

Profesora titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

**Sumario:** 1. Los Derechos fundamentales en el marco de una investigación. 2. Contenido esencial del derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías: A. El derecho al proceso celebrado con todas las garantías en el art. 24.2 CE: a). La concepción de este derecho en el ámbito europeo. b) La concepción de este derecho en nuestro marco constitucional. B. El “derecho” al proceso con todas las “garantías”: dos partes integrantes de su *fundamentabilidad*: a) Las “garantías primarias y secundarias”: Dos aspectos diferentes pero interdependientes del derecho fundamental. b) Las “garantías primarias y secundarias” en el derecho al proceso con todas las garantías. c) La garantía de inadmisión en el sistema anglosajón: una perspectiva alejada de los derechos fundamentales. 3. La prueba prohibida y el sentido del artículo 11.1 LOPJ como garantía del derecho fundamental al proceso ex art. 24.2 CE.: A. El doble sentido del artículo 11.1 LOPJ. B.) El derecho al proceso con todas las garantías y el principio de separación de poderes. 4. Prueba prohibida: Prueba directa y prueba derivada: A. Prueba directa. B. Prueba derivada. C. El supuesto del imputado inocente y la violación de derechos fundamentales de tercero no imputado procesalmente: ¿aplicación de la regla de la exclusión? D. Excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado o a la ineficacia de la prueba refleja. Sus antecedentes en la doctrina

estadounidense: a) La doctrina de la fuente independiente. b) La doctrina del hallazgo inevitable. c) La doctrina del nexo causal atenuado. d) La doctrina de la función protectora de la norma. e) La ausencia de la mala fe en los investigadores. 5. La STC 81/1998 y la aplicación de la doctrina de la desconexión de antijuricidad: A. ¿En qué consiste la denominada "tesis de desconexión de antijuricidad" de la STC 81/1998? B. Valoración de la doctrina de la desconexión de antijuricidad. C. Dos supuestos de aplicación compatible entre "la tesis de la desconexión de antijuricidad" y el respeto al derecho al proceso y sus garantías. D. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE UNA INVESTIGACIÓN

La obtención de pruebas y la posible ineficacia de sus efectos cuando se obtuvieron ilícitamente es un tema actual, hoy implementado por numerosas decisiones europeas<sup>1</sup>, y cuya delimitación legal y jurisprudencial no siempre lo han ubicado y resuelto en las mejores condiciones de seguridad jurídica.

Referirnos al concepto de ilicitud probatoria conlleva abordar el estudio desde cuatro premisas básicas:

- a) La averiguación del delito en un Estado de Derecho presupone una limitación de derechos y libertades fundamentales; a su vez, éstos se constituyen como límite en la investigación policial y judicial, sea pre-procesal o intra-procesal.
- b) Corresponde a la Ley marcar el ámbito de intervención y restricción de un derecho fundamental y la ejecución de dicha limitación —en su núcleo esencial— ha de quedar en manos del juez<sup>2</sup>.
- c) En la práctica, los derechos y libertades de posible afectación en el marco de una investigación son de naturaleza sustantiva, aunque es posible encontrar restricciones de derechos fundamentales procesales<sup>3</sup>.
- d) Finalmente, iniciado este proceso, las partes del mismo tienen otro derecho (procesal) a un proceso equitativo y justo y no se puede entender así dicho proceso si éste no se celebra con todas las garantías (artículo 24.2 CE)<sup>4</sup>.

El principio de legalidad se constituye como marco necesario y legitimador para restringir un derecho o libertad fundamental dentro de una investigación criminal; algo no siempre bien resuelto en nuestra legislación interna, como tiene dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos (*vid. nota núm. 15*). Este mismo Tribunal, por otro lado, establece una segunda premisa en materia probatoria determinante para entender las líneas que se exponen a continuación; a saber, el derecho al proceso celebrado con todas las garantías<sup>5</sup>. En este doble parámetro entra en juego cuando se inicia una investigación que acaba con un proceso.

Dicha línea jurisprudencial viene proponiendo una suerte de *balancing test* jurisdiccional entre el grado de la violación del derecho fundamental, el resultado obtenido y las necesidades de tutela del derecho como freno a la actuación policial. Si el balance no es negativo, concluye el Tribunal que ha de darse protección al interés social (más bien estatal) frente al particular (que no es sino un derecho fundamental)<sup>6</sup>. Parece olvidarse de esta perspectiva introducida por el art. 24. 2 CE relativa al derecho al proceso celebrado con todas las garantías que, en nuestra opinión, viene integrado, entre otras garantías, con la establecida en el artículo 11.1 LOPJ objeto de estudio en este trabajo<sup>7</sup>.

Plantear esta serie de reflexiones exige formular un punto de partida sencillo, que obtendrá necesariamente contestaciones diferentes según el contexto político-jurídico de que se trate; es decir, se debe reflexionar sobre la cuestión relativa a averiguar *¿quién debe servir a quién?* Afirmar en el siglo XXI que el Estado debe de servir al individuo significa que en ese Estado hay una primacía de los derechos

individuales frente a conceptos tales como el de interés general o el de seguridad colectiva, etc. Estos conceptos de contenido plural y supra-individual chocan frontalmente con la concepción de los derechos individuales y fundamentales de los sistemas democráticos y de derecho en una investigación penal. Cualquier intromisión restrictiva del contenido esencial de estos derechos y libertades fundamentales debe hacerse, por tanto, bajo los requisitos del artículo 53 de la CE, y la trasgresión de los mismos por las autoridades exige al Estado actuar positivamente, mediante la expulsión procesal de aquellas fuentes de prueba obtenidas directa o derivadamente de tales violaciones, de acuerdo con la configuración legal que se haya hecho de tal consecuencia invalidante (art.11.1 LOPJ).

A estos efectos, el presente artículo pretende analizar la dificultad dogmática que conlleva este “balance de intereses” (introducido en nuestra jurisprudencia a propósito de la STC 81/1998, de 2 de abril) en relación con el art. 24.2 CE, para concluir en qué supuestos puede ser admisible la citada línea jurisprudencial de calado muy diverso en nuestro país.

## 2. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO CELEBRADO CON TODAS LAS GARANTÍAS

El derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías ha sido tradicionalmente poco estudiado y, en consecuencia, caracterizado por un uso generalista y a modo de cajón de sastre. Por este motivo para la realización de este trabajo he tenido que acudir a categorías ajenas al Derecho procesal y propias del área del Derecho constitucional y de la Filosofía del derecho. Como punto de partida, pues, hace falta hacer un breve recorrido sobre su evolución y regulación, así como sus contenidos.

## A. EL DERECHO AL PROCESO CELEBRADO CON TODAS LAS GARANTÍAS DEL ART. 24.2 CE

Entender el presente derecho exige como punto de partida aproximarse a las limitaciones que los derechos humanos representan frente al poder público<sup>8</sup>.

En esencia, los derechos fundamentales contienen dos facetas: la *negativa* o relativa al ámbito de poder del ciudadano frente a los poderes públicos y la *positiva* o relativa a prestaciones y obligaciones generadas normativamente por el Estado en defensa de esos derechos<sup>9</sup>. Esta estructura doble se presenta en todos los derechos fundamentales<sup>10</sup> que, en definitiva, son derechos humanos positivizados<sup>11</sup>.

Para discernir estas dos facetas en el derecho fundamental objeto de estudio conviene brevemente abordar el sentido de este derecho en el marco europeo y en nuestro marco constitucional.

### a) Concepción de este derecho en el ámbito europeo

El derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) viene reconociéndose sin un exhaustivo desarrollo en todas las normativas internacionales, a través del denominado derecho al proceso debido<sup>12</sup>. En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007, sin embargo, no tiene un desarrollo específico (art. 47), sino que se limita a reconocer el derecho de toda persona “a que su causa sea oída equitativamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley”; sólo entendemos aplicable el derecho al proceso celebrado con todas las garantías por vía del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (art.6), y así se deduce en la legislación desarrollada más recientemente<sup>13</sup>. A su vez, la Convención Europea de Derechos Humanos contiene apenas unas ciertas reglas reguladoras sobre el denominado proceso equitativo, justo

o celebrado con todas las garantías y, las que contiene, incluyen las garantías mínimas sobre las que podemos reconocer el régimen de administración de la prueba, desde su obtención hasta su práctica<sup>14</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce expresamente que, para que se dé la violación de este derecho al proceso, se debe partir de su consideración como un todo global; lo que niega la nulidad de cualquier prueba ilícita, por el sólo hecho de serlo. Antes al contrario —afirma el Tribunal—, el atentado tiene que darse contra el proceso apreciado globalmente<sup>15</sup>. Se trata de un juicio de ponderación entre el vicio acontecido en el proceso y el resultado que arrojaría la admisión de esa prueba. Esta postura, en nuestra opinión, deja la puerta abierta a la relativización de este derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías y, en consecuencia, a los derechos fundamentales puestos en entredicho en una investigación<sup>16</sup>. El derecho en cuestión deja de carecer de identidad propia para pasar a ser valorado en función de un resultado final, “apreciado globalmente”. Y, como vemos, este es el punto de partida de la construcción dogmática creada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 81/1998 (*supra*).

## b) La concepción de este derecho en nuestro marco constitucional

DÍEZ-PICAZO ha definido claramente el sentido y alcance del “proceso con todas las garantías”, al superar la manida cláusula de estilo “a mayor abundamiento”, tan abundante en la jurisprudencia constitucional —incluso—, y reconociéndole el alcance interpretativo de ser un refuerzo de otros derechos fundamentales; tal afirmación además le dota de “autonomía respecto de esos otros derechos fundamentales establecidos en el artículo 24 CE y sirve para integrar las garantías procesales establecidas en las normas internacionales sobre derechos humanos, aplicables en nuestro derecho vía artículo 10.2 CE”<sup>17</sup>. Es decir, en la línea de lo que exponemos de-

bemos plantearnos los contenidos o garantías de este concepto jurídico indeterminado y de contenido plural (art.24.2 CE) o, dicho en otras palabras, hay que averiguar a qué garantías puede referirse este derecho fundamental específico que no sean ni las expresadas de forma específica y autónoma en el citado precepto constitucional (derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia), ni las subsumibles en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Una primera interpretación —al hilo de todo lo expuesto— sería entender que el propio derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE) exige que no basta una mera abstención de las autoridades del Estado para garantizar este derecho fundamental, sino que es necesario que se arbitren un conjunto de expectativas procesales para el ciudadano, que afiancen la aplicación del Derecho objetivo que tiende a garantizar que no se vulneren los derechos fundamentales procesales y sustantivos del sujeto investigado por un crimen<sup>18</sup>. Para ello se exige un papel activo del legislador<sup>19</sup> y este es un aspecto no siempre bien zanjado por nuestra legislación.

Como punto de partida debemos comprobar si verdaderamente existe una diferencia entre las garantías procesales constitucionales y los derechos fundamentales, pues de tal premisa se deducirán conclusiones tales como, la *fundamentalidad* de esas garantías y su carácter susceptible de *amparo constitucional*, su restringibilidad o naturaleza absoluta, etc<sup>20</sup>. La postura que adoptemos será determinante a la hora de observar el alcance que una ley o la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueden dar a estos derechos<sup>21</sup>.

## B. EL “DERECHO AL PROCESO” CELEBRADO CON SUS “GARANTÍAS”: DOS PARTES INTEGRANTES DE SU FUNDAMENTABILIDAD

Parece comúnmente admitido por la doctrina científica la postulación de Kelsen relativa a que un derecho no garantizado no es un verdadero derecho<sup>22</sup>. La sencillez de esta idea no presupone, sin embargo, un simple deslinde de cada parte de este todo; es decir, lo que es derecho subjetivo y lo que le asiste como garantía de mismo. Lo que sí parece comprensible es que el nexo que une el contenido esencial de un derecho fundamental y las garantías que lo integran es normativo (art.53 CE), dado que constituye un deber del legislador definir activamente cómo entiende garantizados esos derechos de forma constitucionalmente respetuosa. La inexistencia de estas garantías da lugar a lo que se denominan las “lagunas”, de modo que, ausencia de garantías equivaldrá a la inobservancia del derecho<sup>23</sup>.

### a) Las “garantías primarias y secundarias”: Dos aspectos diferentes pero interdependientes del contenido esencial del derecho fundamental

De todo derecho subjetivo en general y de los derechos fundamentales con carácter universal se predica una doble vertiente positiva y negativa<sup>24</sup>: a saber, que su titular no sólo tiene un derecho a que el Estado se *abstenga* de limitarlo (*status negativo* o *status libertatis*)<sup>25</sup>, sino que ha de *crear medios* que garanticen este derecho (positivo o *status civitatis*)<sup>26</sup>. Los primeros no admiten injerencia del Estado, pero los segundos se ejercen precisamente frente a él<sup>27</sup>.

FERRAJOLI analiza el concepto de “garantía” y hace equivaler a “deberes correspondientes a los poderes públicos” y dentro de esta categoría diferencia entre esos aspectos positivos y negativos aludidos con anterioridad. Este mismo análisis se puede realizar en torno a las garantías a las que se refiere el denominado derecho al Proceso del art. 24.2 CE.

a) Las “garantías primarias” o expectativas de obligación o prohibición que tiene a su favor el titular del derecho fundamental: Se trata de expectativas y derechos exigibles y ejercitables frente al Estado y que con ellas se desarrolla y garantiza tanto la vertiente positiva (debe crear y regular medios de protección), como la negativa (deber de abstención del derecho fundamental en cuestión frente a la injerencia).

b) Las “garantías secundarias” o expectativas de protección jurídica y accionabilidad en juicio ante las violaciones de una garantía primaria. Este autor las define como obligaciones de segundo orden, consistentes no en cuidar o proteger el presunto interés o derecho en conflicto (el derecho fundamental material y derecho al proceso con todas las garantías como hipotéticos derechos dañados), sino en garantizar su protección jurídica<sup>28</sup>. En caso de no estar regulados normativamente estos deberes o garantías correlativos a un derecho subjetivo, aparece lo que viene denominándose *lagunas primarias y secundarias*, que presentan ese derecho como “papel mojado”<sup>29</sup>. Tales afirmaciones arrojan una primera conclusión: Aunque interdependientes, los derechos subjetivos y las garantías son realidades distintas.

### b) Las “garantías primarias y secundarias” en el derecho al proceso con todas las garantías

Para analizar el estudio dogmático propuesto por FERRAJOLI y aplicarlo al supuesto que nos concierne partimos, igualmente, de una doble distinción:

– El estatus *negativo* del derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías (art. 24 CE) representa el derecho del ciudadano que se encuentra sujeto a un proceso (del tipo que fuere) a que éste se desarrolle dentro del marco constitucional impuesto por las exigencias de los principios de igualdad, contradicción y audiencia efectiva de las partes, a que sus derechos fundamentales restringidos en el marco de una investigación se afecten de forma respetuosa con la configuración legal requerida por la Constitución y Leyes de desarrollo, y

que obligue a los poderes públicos a autolimitarse en cualquiera de sus formas y motivos de injerencia frente a él y sus derechos con plena supeditación a éstas normas, so pena de expulsión (art.11.1 LOPJ). El catálogo de obligaciones *negativas* o de abstención que integran este específico derecho al proceso se integra por un largo etcétera —todavía sin agotar— por la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>30</sup>. Cuando se desarrollen, conoceremos cuál ha sido el sistema de garantías primarias y secundarias propuesto por el legislador.

— Por su lado, el estatus *positivo* del presente derecho fundamental englobaría a favor de su titular una serie de obligaciones para los órganos jurisdiccionales de supervisar/expulsar/ no valorar todo el acervo de prueba obtenido con violación directa o derivada del derecho y libertad fundamental; así como la obligación de declarar los límites de la investigación oficial en caso de haberse extralimitado o el derecho de la parte a conocer e impugnar el acervo probatorio obtenido directa o derivadamente de la ilicitud constitucional<sup>31</sup> por parte del que afirma ser titular del derecho (o, incluso, sufrida por tercero, pero cuyo resultado afecta a su propio proceso); es decir, se encomienda al Juez que aplica el artículo 11.1 LOPJ que equilibre la relación entre el beneficio obtenido con la averiguación de la verdad y el coste que dicha extralimitación conlleva para el ciudadano en su derecho al proceso con todas las garantías<sup>32</sup>. Se trata, pues, de una garantía específica del proceso. En definitiva, este derecho fundamental —en su aspecto positivo— logrará de forma indirecta o derivada desincentivar los posibles abusos de los órganos públicos que entran en funcionamiento en el marco de una investigación.

En conclusión, y a modo de resumen, consideramos:

a) que el ciudadano inmerso en un proceso tiene un derecho subjetivo a que el proceso del que es parte sea dirigido y celebrado por los órganos del Estado con todas las garantías; es decir, lo que también se entiende con matices como un proceso justo y equitativo;

b) ello se concreta en la obligatoria regulación legal de determinados mecanismos procesales que otorguen derechos y contraprestaciones claras a su titular (*garantías primarias*); algo que en este concreto derecho no ocurre de modo específico y ha generado la denominada *laguna primaria* y, por esta razón, ha dado lugar a jurisprudencia tan contradictoria y al “cajón de sastre” aludido con anterioridad. Una de esas garantías será, precisamente, el artículo 11.1 LOPJ, objeto de este trabajo.

### c) La garantía de inadmisión en el sistema anglosajón: una perspectiva alejada de los derechos fundamentales

Si bien nuestro sistema de ilicitud probatoria viene previsto como forma de protección de los derechos y libertades fundamentales que pueden aparecer restringidos en una investigación criminal y, por tanto, su resultado puede tener eficacia dentro de un proceso judicial (derecho al proceso celebrado con todas las garantías ex art. 24.2 CE), no siempre es así en otros sistemas legales.

Valga como ejemplo el sistema norteamericano<sup>33</sup>, del que hemos bebido en nuestra jurisprudencia. Allí se creó la norma de exclusión probatoria sobre la base de los derechos constitucionales (que no coinciden enteramente con los derechos fundamentales), pero la aplicación jurisprudencial de la misma ha devenido en la actualidad como *remedio* judicialmente creado para disuadir a los poderes públicos de vulneraciones constitucionales en su investigación<sup>34</sup>, alejado, por tanto, de su origen y sentido constitucional. Nótese que lo que para nosotros es un efecto (persuasión policial de que las transgresiones no son válidas en un proceso), en dicho sistema ha pasado a convertirse en línea argumental en su doctrina y jurisprudencia, de modo que, cuando la expulsión de una prueba ilícita no vaya a surtir efecto persuasivo alguno, no *vale la pena* su expulsión procesal. Esta línea jurisprudencial será estudiada en el epígrafe destinado al efecto.

### 3. LA PRUEBA PROHIBIDA Y EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 11.1 LOPJ COMO GARANTÍA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO EX ART. 24.2 CE

La restricción de derechos fundamentales y la imposición de penas queda supeditada al correcto y garantista entendimiento del proceso penal y todo el conjunto de acciones que éste instrumentaliza. El artículo 11.1 LOPJ formaría parte de este derecho poliédrico y de contenido todavía hoy poco descifrado.

#### A. EL DOBLE SENTIDO DEL ARTÍCULO 11.1 LOPJ

Dentro de este entramado complejo que estamos describiendo en materia probatoria, consideramos que el artículo 11.1 LOPJ tiene una doble función que se manifiesta en dos planos diferentes y con una importancia e utilidad muy diferentes. Nos referimos a las dos menciones expresas señaladas en la norma, es decir, a las fuentes de prueba obtenidas *directamente* o *derivadamente* tras la violación del derecho o libertad fundamental.

Comenzando por la primera premisa, este artículo 11.1 LOPJ es un instrumento creado por el legislador como garantía o protección (intra-procesal) de los derechos y libertades del Título I Capítulo II Sección 1ª de la Constitución, violentados en su ámbito de ejercicio extraprocésal. Lo *obtenido directamente* con la violación de este derecho fundamental no tiene utilidad dentro del proceso, principalmente, porque chocaría frontalmente con la esencia del Estado de Derecho, dada la propia fundamentación de los derechos en cuestión y, en segundo plano —y, como se verá, casi de forma irrelevante—, porque lo dice el artículo 11.1 LOPJ. Si esto es así, debemos concluir que la existencia de esta norma del artículo 11.1 LOPJ no añade nada nuevo que no le venga atribuido ya por los derechos fundamentales<sup>35</sup>.

En segundo lugar, pero con carácter principal, incorpora la *eficacia refleja o efecto expan-*

*sivo contaminante* de las pruebas derivadas de una injerencia ilícita en su origen, a saber, la expulsión de dichas pruebas o su invalorabilidad. Este efecto se produce exclusivamente porque esta norma así lo ha regulado, pues las pruebas derivadas *intrínsecamente* son válidas si no fuera por un mandato de este tipo.

En conclusión, la vinculación entre el artículo 11.1 LOPJ y el derecho al proceso citado (art.24.2 CE) parece indubitada: se crea para proteger directamente el proceso, a través de este mandato dirigido —principalmente— a los poderes públicos y —de forma indirecta— a cualquier tercero, cuyo efecto principal es desincentivar al posible trasgresor con la sanción de la expulsión de las pruebas obtenidas por violación de derecho fundamental. Cualquier interpretación sobre esta regla del artículo 11.1 LOPJ afecta al artículo 24.2 CE, pues es una de las garantías integradoras del mismo.

#### B. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO CELEBRADO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

El art. 53.1 CE afirma que “Los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo segundo del presente Libro (del art.14 al 38) vinculan a todos los poderes públicos. Solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...”. Se trata de una plasmación de las consecuencias impuestas por el principio de separación de poderes en el Estado de Derecho. El respeto por este principio se manifiesta como un límite a la creación jurisprudencial en materia de derechos y libertades fundamentales, dado que sólo se puede entrar a regular la esencia de los mismos a través de ley orgánica y con las limitaciones establecidas por la Constitución.

Como hemos intentado demostrar en estas líneas, la garantía de inadmisión de las pruebas ilícitamente obtenidas se integra entre las garantías del denominado derecho al proceso del art.

24.2 CE. Ello —si es como decimos— significa que cualquier relativización del art. 11.1 LOPJ no es posible, pues sólo el legislador está autorizado para realizar una ponderación como ésta<sup>36</sup> y, por tanto, para formular excepciones a la regla del artículo 11.1 LOPJ<sup>37</sup>. Este juicio de ponderación entraría, entonces, dentro de la esfera que impide la posible injerencia estatal de los jueces, correspondiente a ese *deber de abstención* al que JELLINEK se refiere (*supra*) y en consecuencia, la presencia de esas fuentes de prueba en un proceso exige del Juez una *actitud positiva de expulsión* de las mismas en aplicación de la garantía del artículo 11.1 LOPJ.

Por esta razón se hace aconsejable que *de lege ferenda* se desarrolle por el legislador, en su caso, un sistema tasado de excepciones o cánones comúnmente admitidos como estables en relación a estas posibilidades de excepción. Si, por el contrario, este artículo 11.1 LOPJ no formara parte de este núcleo esencial del artículo 24.2 CE, como sí venimos defendiendo, es comprensible toda la acción llevada a cabo desde la STC 81/98 de 2 de abril en torno a la teoría de la desconexión de antijuridicidad. En esta disyuntiva, parece un elemento de apoyo plantearse, entonces, por qué el legislador reguló por ley orgánica la conocida doctrina de los frutos del árbol envenenado del artículo 11.1 LOPJ. Tal vez la respuesta radique, precisamente, en el desarrollo que se hizo del derecho fundamental al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, por formar parte de esas garantías primarias de este derecho; limitables, sí, pero por ley orgánica por la razón de que éste aspecto del derecho del 24.2 CE tiene su razón de ser en la protección de los derechos fundamentales sustantivos en una investigación criminal.

#### 4. PRUEBA PROHIBIDA: PRUEBA DIRECTA Y PRUEBA DERIVADA

Siguiendo con la presente delimitación terminológica, se deben diferenciar dos momen-

tos escalonados en torno a la violación del derecho fundamental y a la obtención de la prueba, según se desprende del tenor del artículo 11.1 LOPJ cuando afirma que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante la violación de derechos y libertades fundamentales”.

##### A. LA PRUEBA DIRECTA

En principio, lo obtenido directamente tras la violación de un derecho fundamental es nulo de raíz y debiera abrir el paso a posibles responsabilidades de los particulares, policía o Jueces. Aquí no se aplica la doctrina de los frutos de árbol envenenado, pues la prohibición de admisión de la “prueba directa” es clara, atendiendo al valor que nuestra Constitución otorga a los derechos y libertades fundamentales. No obstante, el artículo 11.1 LOPJ —desde el prisma de legalidad ordinaria— recuerda que estas pruebas deben ser privadas de efectos.

Sin embargo, somos conscientes de que no es ésta la situación que acontece, por ejemplo, en el sistema norteamericano. La garantía de inadmisión de estas pruebas con ilicitud originaria se ha visto mermada por las excepciones de la buena fe policial, el consentimiento voluntario y espontáneo del detenido e incluso por la ausencia de un efecto disuasorio sobre los agentes policiales. Debemos mostrarnos precavidos para evitar seguir esta línea jurisprudencial, sobre la base de que tal admisión supondría un choque frontal con el proceso penal acusatorio y con los derechos fundamentales<sup>38</sup>. Obviamente el artículo 11.1 LOPJ reconoce esto que decimos, aunque su gran valor surja en materia de prueba derivada y eficacia refleja invalidante. Principalmente, es algo distinto a la garantía establecida por el artículo 11.1 LOPJ lo que impide admitir estas pruebas; se trata de una garantía objetiva del derecho fundamental a un proceso justo dentro del ámbito del estado de derecho (Art. 24 CE), que no permite violación de derecho fundamental en la actuación investigadora de un proceso criminal.

## B. LA PRUEBA DERIVADA

La doctrina norteamericana sobre los frutos del árbol envenenado se crea para ser aplicada sobre las fuentes y medios de prueba obtenidos lícitamente, aunque derivados de un acto originariamente contrario a los derechos y libertades fundamentales. Ello se hace con el fin de evitar abusos de los poderes públicos, quedando expuesto todo el acervo probatorio a su expulsión procedimental, tanto el obtenido originariamente con una violación de tal tipo, como el derivado de dicha transgresión. A ello se refiere precisamente el artículo 11.1 LOPJ al negar los efectos de las pruebas obtenidas *indirectamente* mediante la violación de derechos fundamentales. En estos supuestos es donde el citado precepto adopta su mayor protagonismo.

Es opinión doctrinal comúnmente compartida, la que afirma que la dicción del legislador en este artículo no fue muy acertada. Hubiera sido aconsejable que se refiriera a las pruebas *directa o derivadamente* obtenidas con violación de derechos fundamentales o incluso de forma *inmediata o mediata*, pues de ambos significantes se deduce que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales debe ser inadmitida, tanto sea la conseguida directamente con violación, o como cuando se trate de la prueba lícita pero derivada de una que se obtuvo con la vulneración. Entenderlo de otra forma entraña el riesgo de admitir subterfugios destinados a dejar en el proceso lo obtenido derivadamente de este tipo de transgresiones.

Si bien esta doctrina sobre la “eficacia de la prueba refleja” nació con una vocación absoluta, fruto del momento histórico y de la necesidad de potenciar estas garantías procesales *ad extremum*, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido relativizándola y/o excepcionándola. Y esto resulta razonable pues, de otra forma, también podría llegar a propiciarse que un detenido, por ejemplo, utilizara el sistema procesal para dar lugar a pruebas ilícitas ante la policía con el fin de lograr con posterioridad la nulidad de todo lo actuado tras su

obtención<sup>39</sup>. Se debe, entonces, hallar el nada fácil equilibrio entre la exigencia constitucional garantista de los derechos fundamentales y la eficacia en la investigación del crimen.

Es reiterada la jurisprudencia que afirma que las pruebas derivadas son legítimas o lícitas, en sí mismas consideradas o desde una perspectiva constitucional (STC 81/98, 41/98, 238/99). Tal afirmación se convierte en el vehículo habilitante para intentar salvar aquellas pruebas derivadas cuando, de otra forma, no se disponga de “otras pruebas” que justifiquen el mantenimiento de la condena. Sobre esta base el Tribunal Constitucional crea su teoría sobre la desconexión de antijuridicidad.

La garantía de inadmisión, en este caso, se deriva con exclusividad de una norma de legalidad ordinaria como es el artículo 11.1 LOPJ; porque, si no existiera este precepto, no podría atentar contra el proceso: lo que desde una perspectiva constitucional es lícito. En este caso, no es de aplicación el artículo 238 LOPJ por la razón de que sobre estas pruebas no existe vicio invalidante. Sólo el mandato del artículo 11.1 LOPJ justifica la expulsión del proceso de este material probatorio.

## C. EL SUPUESTO DEL IMPUTADO INOCENTE Y LA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE TERCERO NO IMPUTADO PROCESALMENTE: ¿APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN?

Las posibles excepciones que se formulen y admitan a esta regla de la exclusión de pruebas ilícitas, deben basarse en la presunción de inocencia del imputado afectado por la violación del derecho fundamental en cuestión y no en interpretaciones torticeras tendentes en lograr admitir en el proceso lo que es fruto del abuso policial o de la negligencia judicial<sup>40</sup>.

No resulta difícil imaginar que tras la violación de un derecho fundamental en la obtención de una fuente de prueba, se llega a la conclusión de que, precisamente, el imputado-procesado es inocente y no culpable. En

este escenario, la entrada en funcionamiento del artículo 11.1 LOPJ impediría introducir en el proceso esas pruebas que demostraran su inocencia. ¿Debe prevalecer en este caso la búsqueda de la verdad material? Creemos que sí, porque nuestro sistema procesal no puede permitir que un inocente sea culpado<sup>41</sup>; ¿tendría aún así derecho a ser reparado por la violación de ese derecho fundamental material?<sup>42</sup> La respuesta vuelve a ser afirmativa porque la violación del derecho fundamental se ha ocasionado. ¿Se habrá violado la garantía procesal? Efectivamente, aunque en definitiva el resultado haya sido positivo, en aras de asegurar el ilimitable derecho fundamental a la presunción de inocencia. Esta ponderación entre derechos fundamentales en conflicto corresponde hacerla a la jurisdicción.

El caso contrario lo encontraríamos en el supuesto en que se utilizan las pruebas ilícitas para condenar a un sujeto, sobre la argumentación de que el derecho fundamental violado en una investigación pertenece a un tercero ajeno al proceso. Así se observa claramente en la STC 238/1999 (FJ 4º), donde esa no titularidad del derecho invadido rompe el nexo de antijuridicidad existente entre la ilicitud originaria y la prueba derivada apta para condenar. Este argumento nos parece enormemente peligroso, pues abre la puerta a intervenciones telefónicas generales o con carácter preventivo, a sabiendas de que lo obtenido podrá ser utilizado en juicio contra aquellos procesados no titulares del teléfono. Además parece una paradoja el hecho de que, dependiendo del resultado de la violación (afección de un derecho fundamental de un implicado o de alguien que finalmente no lo resulta), el efecto sea distinto para aquellos afectados por pruebas derivadas.

En opinión de DÍAZ CABIALE, en este punto radica uno de los aspectos más criticables de la aludida Sentencia, pues esta garantía procesal era hasta ahora ilimitable y a partir del pronunciamiento de la STC 81/98, objeto de estudio, se admite tal restricción del artículo 24 CE (en su faceta de garantía del derecho al proceso justo) en aras de la verdad material.

## D. EXCEPCIONES A LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DE ÁRBOL ENVENENADO O A LA INEFICACIA DE LA PRUEBA REFLEJA. SUS ANTECEDENTES EN LA DOCTRINA ESTADOUNIDENSE

Pronto fueron surgiendo las excepciones (más o menos razonables) a la doctrina de los frutos del árbol envenenado en nuestra jurisprudencia. Para su comprensión es necesario contrastar nuestra evolución jurisprudencial con la norteamericana.

### a) La doctrina de la fuente independiente

La presente teoría es válida y compatible con la esencia de nuestro proceso penal, tal y como pretendió entenderlo nuestra Constitución. Es conforme, por tanto, con los derechos fundamentales y el derecho al proceso celebrado con todas las garantías. La *independent source* o teoría de la fuente independiente logra justificar la independencia causal entre dos pruebas aparentemente derivadas la una de la otra. Es muy numerosa la jurisprudencia existente en este sentido y que sigue las bases establecidas en el caso *US vs. Ceccolini*<sup>43</sup>. Esta teoría resulta acorde con todo el sistema procesal constitucional, pues la existencia de una desconexión causal entre los hechos origen de la ilicitud y las pruebas encontradas es razón suficiente para que el Juez pase a ponderarlas y puedan constituirse como prueba de cargo, ya que ellas en sí mismas consideradas carecen de ilicitud alguna.

### b) La doctrina del hallazgo inevitable

La doctrina del hallazgo inevitable (*inevitable discovery*), pretende romper la ilicitud de que adolece esa prueba derivada de la ilícita, bajo el argumento de que esa presunción de “inevitabilidad” justifica su admisión. Tarde o temprano —viene a afirmar esta doctrina— se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita y ello es lo que legitima su admisión<sup>44</sup>.

En conclusión, su exclusión no produce ningún efecto disuasorio sobre la policía o Jueces.

Pretende ser algo similar a la fuente independiente, pero basada en un juicio hipotético o “suerte de especulación” que permite seguir la investigación<sup>45</sup>. Esta doctrina fue utilizada por primera vez en USA en 1984 en el caso *Nix vs. Williams* (467 US 1984), donde se justificaba la admisión de estas pruebas derivadas porque podían perfectamente haberse obtenido sin tal ilicitud o irregularidad.

Esta doctrina jurisprudencial norteamericana ha tratado de tasar tres límites a este nivel de diligencia exigible a los poderes públicos: la buena fe, la ausencia de efecto disuasor y la existencia de una investigación abierta. A pesar de la intención de estabilizar estas excepciones por parte de nuestra jurisprudencia, consideramos que nuestro sistema de garantías no es del todo compatible con este sistema tasado que, en definitiva, no es más que una descarga de responsabilidad de nuestros poderes públicos en materia investigadora. No pedimos que estos sean infalibles, pero tampoco creemos que sea aceptable un margen de “normalidad” o estabilidad en su negligente actuación. Los riesgos de admitir esta línea conllevan un claro déficit para el Estado de Derecho e indudable coste para los derechos fundamentales. La explicación de esta negativa podría entenderse si observamos la razón de ser de la creación del principio *in dubio pro reo*.

Por último, incidir en la idea de que no se debe confundir con los “hallazgos casuales”, que son meros descubrimientos de otros delitos a través de actos de investigación<sup>46</sup>.

### c) La doctrina del nexo causal atenuado

Llegado este punto, ya se habrá deducido que la teoría del nexo causal atenuado o *purged taint* se encuentra a medio camino entre el reconocimiento de la validez de las pruebas derivadas de la obtenida ilícitamente y la teoría de la fuente independiente. Así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>47</sup>.

La jurisprudencia norteamericana, acorde con su amplio sistema de excepciones, ha objetivizado determinados parámetros para entender cuándo ese nexo se encuentra atenuado, conforme se deriva del caso *Brown vs Illinois* (1975)<sup>48</sup>. Allí se explicitan tres tipos de razonamientos:

- a) cuando la prueba derivada se use para “fines raros o inusuales”, parece extraño que la policía pudiera actuar con tales móviles y, por tanto, la exclusión de la prueba pudiera no llegar a tener eficacia disuasoria alguna;
- b) igualmente, se ha de poner en ponderación la cantidad de derecho invadido (intensidad de la infracción);
- c) y, por último, se ha observado la argumentación necesaria para romper dicho nexo lógico existente entre ambas pruebas, de modo que no se tenga que acudir a “argumentaciones sofisticadas”.

Todo ello se cumple cuando existe, a tenor de esta sentencia, un elemento de voluntariedad de una confesión o una testifical o el lapso temporal entre la ilicitud y el nacimiento de la prueba derivada.

### d) La doctrina de la función protectora de la norma

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Federal *Hudson v. Michigan* 2006 ha ido más allá de esa propuesta de tasación de criterios que deben admitir tales pruebas directas y causalmente conectadas y ha recogido expresamente que la “función protectora de la norma transgredida” por el poder público debe entrar en consideración en el juicio de ponderación que haga el tribunal, habilitándole para desconectar lo que causal y jurídicamente está conectado<sup>49</sup>. Como se afirma en esta sentencia, “la exclusión de las pruebas es nuestro último recurso, no nuestro primer impulso” y, por tanto, lo que venía siendo algo excepcional (admitir pruebas ilícitas conectadas), se convierte en la regla general. En nuestra opinión, ésta es la consecuencia lógica de haber

admitido la teoría del nexo causal atenuado y el descubrimiento inevitable.

Son cuatro las premisas que identifican esta nueva postura:

a) La teoría del nexo causal atenuado supone que las pruebas derivadas de la originariamente ilícita son útiles y valorables, dado que razones de lapso de tiempo transcurrido, grado de vicio cometido, etc. atenuaban hasta su desaparición la ilegalidad de la mancha que cubría la primera acción. “Sin embargo, en el caso *Hudson* se presentaba una cuestión absolutamente novedosa. Ninguno de los dos factores habitualmente tomados en consideración a tal efecto tenía relevancia alguna”<sup>50</sup>. De ahí que la Corte Suprema introdujera el criterio del “fin de protección de la norma vulnerada”<sup>51</sup>.

b) En segundo lugar, parte la Corte Suprema de la creencia de que la aplicación de la doctrina de la exclusión de las pruebas ilícitas supone dejar libre a los “culpables” y “peligrosos” y conlleva, como consecuencia, que los “agentes policiales se sientan inclinados a esperar más de lo que legalmente se requiere, lo que conllevaría que se favoreciera la violencia contra la policía, en unos casos, y destrucción de pruebas, en otros”. Por tanto, “los costes sociales” son el argumento a tener en cuenta en esta regla de ponderación.

c) Por último, alude la referida sentencia a la inutilidad de la expulsión probatoria por no producir efectos disuasorios ni preventivos en la actuación policial. Sólo la profesionalización de los cuerpos de policía puede contribuir a tal fin, afirma la sentencia. En tal sentido —continúa— es más efectivo el recurso a los remedios civiles para que el ciudadano sea resarcido en los derechos violentados, que la exclusión de las pruebas.

Esta postura enlaza directamente con la doctrina establecida por la del Tribunal Constitucional 81/1998, que pasamos a comentar a continuación.

## e) La ausencia de mala fe en los investigadores penales

En la jurisprudencia española, el denominado efecto disuasorio sobre la policía o el *deterrence effect* de la doctrina anglosajona<sup>52</sup> tienen una aceptación importante (STC 81/1998, de 2 de abril, 171/1999, de 27 de septiembre o, entre otras muchas, STC 22/2003, de 10 de febrero). En todos estos casos, el Alto Tribunal enlaza de una forma expresa la vulneración del derecho (que les lleva al descubrimiento de nuevas fuentes de prueba) con la buena fe policial y —sobre la base del descubrimiento inevitable— justifica la impertinencia y carácter excesivo de la expulsión de la prueba, pues ello no tendría ningún efecto sobre la actuación.

Resulta difícil presentar un argumento decisivo en esta concreta materia. Pensemos en cualquier otro servidor público como, por ejemplo, un médico. La negligencia es igualmente castigada. Queda la duda de si también debe ser aplicable esta teoría a los supuestos de buena fe policial por error invencible<sup>53</sup>, porque el deber de diligencia le debe ser exigido hasta donde razonablemente sea posible. Aceptar esto supone, como mínimo, exigir que quede acreditada de forma indubitada la buena fe policial. Según nos mostremos o no partidarios de admitir esta situación, como vemos, las consecuencias procesales-constitucionales serán absolutamente diferentes.

## 5. LA STC 81/98, DE 2 DE ABRIL Y LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA “TESIS DE DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD”

La presente Sentencia supone el replanteamiento integral de toda la doctrina de los frutos del árbol envenenado y, por tanto, del artículo 11.1 LOPJ que la consagra<sup>54</sup>.

Con la presente línea jurisprudencial se abrió el camino a una interpretación relativa a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales

les, aun existiendo una relación clara de causalidad  *fáctica*  entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, puedan proceder a  *romper la conexión de antijuridicidad*  entre el resultado de la violación y la fuente/medio de prueba obtenido. El necesario debate abierto a partir de esta sentencia, aunque nada pacífico, incide en la necesidad de que el Juez llegue a la “verdad forense”<sup>55</sup> con plena confianza en el derecho, sin aprovechamientos o atajos procesales en favor del que quebranta la paz social, pero tampoco para el que debe velar por la misma.

### A. ¿EN QUÉ CONSISTE LA DENOMINADA “TESIS DE DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD” DE LA STC 81/1998?

El punto de partida propuesto en la citada línea jurisprudencial establece un test triple tendente a valorar la gravedad de la ilicitud y de la prueba derivada de dicha trasgresión<sup>56</sup> y, en su caso, llegar a poder formular un juicio de desvinculación “jurídica”, que justifique la admisión de la prueba refleja<sup>57</sup>.

En líneas generales, consideramos que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en esta sentencia reordena acertadamente ideas básicas en la materia probatoria, aunque también provoca —como decimos— un punto de inflexión en el entendimiento constitucional del derecho al proceso con todas las garantías y, por tanto, en los derechos fundamentales. Esta doctrina se puede resumir del siguiente modo:

1) La garantía de inadmisión de las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental no tiene ubicación en precepto constitucional. El Tribunal Constitucional parte de la reiteración de una idea ya expuesta en la línea jurisprudencial abierta con la STC 114/1984; a saber, sigue sin reconocerse la existencia de un derecho procesal fundamental y autónomo del sustantivo<sup>58</sup>.

2) Aceptar estas pruebas reputadas ilícitas por conexión causal, afirma el Tribunal, a lo

sumo, puede llegar a violar el proceso celebrado con todas las garantías; para ello hay que observar  *conjuntamente*  el derecho fundamental sustantivo y sus límites o garantías procesales en su restricción (limitaciones de rango constitucional)<sup>59</sup>.

3) Para el alto Tribunal la presencia de estas pruebas en el proceso y su valoración para la realización del proceso de “desconexión” no contrarían el principio de presunción de inocencia, que sólo se viola cuando se condena sin prueba de cargo constitucionalmente válida; es decir, dicha presunción pasa a ser canon de validez de la  *sentencia*  penal<sup>60</sup>. Este “juicio de experiencia” consistente en determinar la existencia de conexidad antijurídica entre pruebas ilícitas originarias o derivadas, se realiza bajo la cobertura del principio del proceso debido, que se convierte aparentemente en el test de validez de las pruebas, que las convierte  *desde una perspectiva natural*  en pruebas independientes<sup>61</sup>. Rota la antijuridicidad en la fase de admisión y/o de valoración, el Juez ya puede entrar a practicarlas y/o valorarlas. Con ello se logra salvar determinadas pruebas de la aplicación de la garantía procesal y del artículo 11.1 LOPJ. Ninguno de los dos entrará en juego.

4) Sólo cuando se viole la presunción de inocencia, otorgará el amparo el Alto Tribunal pero, además, se exige que se haya fundamentado la enervación de la presunción de inocencia como única prueba de cargo<sup>62</sup>. En conclusión, la función del alto Tribunal se centra en comprobar la razonabilidad de ese juicio de experiencia sobre la conexión o no de la antijuridicidad de la prueba originaria con la derivada, realizado por la Jurisdicción ordinaria<sup>63</sup>.

5) Ese “juicio de experiencia” que deben realizar los órganos jurisdiccionales consiste en formular un triple test, articulado a través de dos correctores; por un lado, se atiende a las características de la vulneración (o a su intensidad o gravedad del vicio constitucional alegado) y por otro, atiende, desde una  *perspectiva interna* , al resultado obtenido tras la vulneración y, desde una  *perspectiva externa* , observa las necesidades esenciales de tutela del derecho sustantivo (FJ 4º)<sup>64</sup>.

## B. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

La presente doctrina, en nuestra opinión, de alguna forma estructura todo su análisis sobre la base del derecho fundamental sustantivo vulnerado en cuestión y en el resultado obtenido, lo que parece dejar intuir que el Tribunal Constitucional sobrevalora el derecho sustantivo violentado y lo prioriza sobre el derecho al proceso celebrado con todas las garantías (FJ 2º). Según el alto Tribunal, para averiguar si ha habido violación de las garantías procesales, debemos observar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales con el resultado obtenido, así como “las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho exigen”<sup>65</sup>.

Someter la legitimidad de la intervención puesta en entredicho (por su vinculación con el derecho fundamental directamente violado) al resultado obtenido, puede conllevar dar soluciones distintas ante violaciones idénticas<sup>66</sup>. Se entiende perfectamente las necesidades últimas que mueven estas premisas pero, en nuestra opinión, puede contribuir a acrecentar la inseguridad de los poderes públicos que se ven abocados a actuar con celeridad y se puede llegar a afirmaciones tales como la mantenida en la Sentencia *Hudson vs Michigan* (2006): “la exclusión de las pruebas es nuestro último recurso, no nuestro primer impulso” y, por tanto, lo que venía siendo algo excepcional (admitir pruebas ilícitas conectadas), se convierte en la regla general<sup>67</sup>.

Esta teoría parece ser una traslación de la teoría de la imputación del derecho penal que, con buena voluntad, intenta superar la vetusta concepción de la causalidad<sup>68</sup>. Pero las normas de adquisición de pruebas son una garantía de los derechos fundamentales con un entendimiento, aplicación y eficacia intra-procesal. “Acción” y “resultado”, propios de la tipicidad penal no parecen ser categorías válidas en el proceso celebrado con todas las garantías. En materia probatoria debemos hablar de “derechos” y “cargas” y en este debate debe moverse

el entendimiento e interpretación del artículo 11.1 LOPJ y el “juicio de experiencia” que debe explicar (motivar) el juez al atender al acervo probatorio en el contexto del derecho al “fair play”.

Dentro de las obligaciones derivadas del “proceso celebrado con todas las garantías”, no corresponde al juez enjuiciar la actitud y diligencia de los poderes públicos (acción y resultado), que deben velar por la paz social y por nuestros derechos en su búsqueda por la verdad histórica<sup>69</sup>. Por esta razón, consideramos que introducir como parámetro de validez del acervo probatorio conectado estos criterios ajenos a los fundamentos del derecho procesal nos parece algo sofisticado y artificial, sin perjuicio de entender la bondad pretendida con tal creación jurisprudencial. El enjuiciamiento de la actitud y diligencia de los poderes públicos en poco o nada compete al derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías. En conclusión, existe un deber judicial de explicar si la tutela del derecho fundamental agraviado exige expulsar todas las pruebas (también las derivadas) para que el ciudadano sienta que nuestro sistema judicial no permite atajo alguno en la obtención de la verdad<sup>70</sup> y este deber, ahora sí, pertenece al derecho fundamental procesal objeto de estudio.

La siguiente duda que plantea esta postura jurisprudencial atiende a averiguar si es función del Juez confirmar la validez de la norma constitucional *a priori* afectada en la investigación. El proceso repudia los efectos de la transgresión y, si el juez pretende afectar esta norma, sería razonable entender que solo una ley orgánica respetuosa de los requisitos del artículo 53 pudiera hacerlo —y en todo caso, conforme a los parámetros integradores del derecho al proceso celebrado con todas las garantías ex artículo 24.2 CE—. Que haya un notable vacío legal que sufren nuestros operadores aplicadores de las normas, no significa que se pueda suplir con la interpretación judicial nutrida de “teorías que están afectando a derechos fundamentales”<sup>71</sup>. Mientras no exista un sistema de excepciones regulado por la ley, el artículo 11.1 LOPJ se tiene que aplicar, por-

que el derecho al proceso celebrado con todas las garantías (del que forma parte este precepto) no puede ser diferente para los ciudadanos en función del tipo de error cometido por la policía o el juez<sup>72</sup>.

Llegado este punto, afirma el Tribunal, tras admitir esta posibilidad de romper este juicio de antijuridicidad por los Tribunales, nada obstará a admitir las pruebas subsiguientes. Lo importante es que exista prueba de cargo (porque su falta afecta a la *presunción de inocencia*) y que no ofrezca dudas sobre su culpabilidad (*in dubio pro reo*). En conclusión, se ha producido el efecto contrario al buscado en 1984 con la Sentencia 114/1984 pues, mientras que ella plasmó la regla de exclusión de estas pruebas directas y derivadas (sobre la base de lo acontecido en USA), en 1998 se acabó de consagrar la doctrina del árbol envenenado pero reduciendo, en primer lugar, la garantía procesal para poder así, en segundo término, negar una aplicación excesivamente garantista de esa doctrina. Corremos el riesgo, entonces, de que se produzca el aludido desmantelamiento de la *exclusionary rule* y la *fruit of the poisonous doctrine*<sup>73</sup>.

### C. DOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN COMPATIBLE ENTRE LA “TESIS DE DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD” Y EL RESPETO AL DERECHO AL PROCESO Y SUS GARANTÍAS

Tras estas líneas llegamos a la conclusión de que es razonablemente admisible la aplicación de la denominada teoría de la desconexión de antijuridicidad sin atentar contra el contenido esencial del derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías, en aquellos casos en los que, estando causalmente conectadas ambas pruebas —originaria y derivada—, jurídicamente quedan desconectadas —no debido a la labor de análisis, interpretación y “sanación” de un juez—, sino porque hay un acto voluntario del sujeto que tenía a su favor la posible aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y consciente

de tal derecho (a través de la información del mismo por su letrado o por la autoridad judicial) decide colaborar con la justicia y bien confesarse, entregar la documentación que le imputa<sup>74</sup> o declarar contra su cónyuge o familiar, renunciado a la dispensa que tiene. Todo ello, *sin perjuicio de entender expulsado del proceso todo el acervo probatorio declarado ilícito*, lo que le impone al juzgador la obligación de justificar una hipotética condena sobre la base de la existencia de prueba de cargo suficiente (a pesar de haber salido del proceso una gran parte de esas fuentes de pruebas); lo que dificulta la existencia de este tipo de supuesto pero no lo imposibilita<sup>75</sup>.

En conclusión, en el momento actual se puede afirmar que la desconexión de antijuridicidad, propuesta por la STC 81/1998, de 2 de abril, es respetuosa con la Constitución y el derecho al proceso celebrado con todas las garantías en los supuestos de renuncia del imputado, asesorado por su letrado, al derecho a no autoincriminarse, así como en las declaraciones testificales son disponibles por el propio testigo, pues esa *voluntariedad en la declaración*, una vez *asistida de letrado* —y siempre que se *expulse del proceso* lo obtenido mediante las declaraciones ilícitamente obtenidas—, rompe dicha conexión de forma natural por la persona implicada en ese acto generador de fuentes de prueba; nos encontraríamos ante una prueba jurídicamente independiente<sup>76</sup>.

Finalmente, se ha defendido por alguna doctrina que también debiera admitirse la legitimidad de esta exclusión de la garantía establecida en el artículo 11.1 LOPJ en los supuestos de buena fe policial por error invencible<sup>77</sup>, porque el deber de diligencia le debe ser exigido hasta donde razonablemente sea posible; en estos casos —se argumenta— que las necesidades de tutela del derecho fundamental violado no quedan protegidas por la consecuente aplicación del 11.1 LOPJ y la regla de la expulsión. Se olvida la misma de considerar que el artículo 11.1 LOPJ no tiene su fundamento último y exclusivo en la protección de los derechos fundamentales, sino que es una garantía del derecho al proceso, justo y equitativo, para

las partes implicadas en el mismo (24.2 CE). En este caso, si se expulsa es, exclusivamente, porque un juez hace ese juicio de ponderación sobre las limitaciones derivadas del 11.1 LOPJ y, en este sentido, ya hemos visto que un juicio de esas características corresponde al legislador de conformidad con el artículo 53 CE. Según nos mostremos o no partidarios de admitir esta situación, como vemos, las consecuencias procesales-constitucionales serán absolutamente diferentes.

Por último, señalar que estas ideas que venimos desarrollando ya han sido apuntadas desde alguna jurisprudencia, conforme se encuentra en el voto particular de la STS 1/2006, de 9 de enero (Magistrado Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez).

## D. CONCLUSIONES

Sirva como primera conclusión las palabras de CALDERÓN CUADRADO cuando afirma que “El derecho a un proceso con todas las garantías intenta salvaguardar la presencia de ciertas instituciones específicas en la ordenación y tramitación de la realidad procesal, de tal forma que su ausencia, la falta de cualquiera de ellas, bien en la configuración legal del modo en que debe realizarse el derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales, bien en la propia actuación de estos últimos, origina la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Y desde luego, también (...) parece deducirse la imposibilidad de entender lesionado el artículo 24.2 CE ante una posible suma de anomalías en la normativa del proceso o de irregularidades en su propio desenvolvimiento”<sup>78</sup>. Se trata éste de un punto de partida en el desarrollo de este concepto jurídico indeterminado y de contenido plural, que está por delimitar, y que incluye derechos tan dispares como el de la imparcialidad del juzgador, el derecho al recurso, la igualdad de trato o la necesidad de intérprete, etc.<sup>79</sup>.

Precisamente no parece difícil concluir que, tras el pronunciamiento del Tribunal Consti-

tucional 81/98, del 2 de abril, se ha desarrollado un nuevo y preciso alcance de este derecho al proceso celebrado con todas las garantías en cuanto a una de sus facetas, en concreto la relativa a las garantías que rodean la obtención de las fuentes de prueba y su calidad; es decir, este derecho al proceso pasará a ser el canon interpretador de la licitud o ilicitud de las pruebas<sup>80</sup>, generándose una reubicación de la garantía de la inadmisión de las pruebas ilícitas (art.11.1 LOPJ), precisamente en este derecho fundamental. En definitiva, ello dificulta la admisión de excepciones aleatorias y la supeditación de su proteccionabilidad (amparo constitucional) a la afectación de la presunción de inocencia, al condenarse sobre pruebas afectadas por la ilicitud.

Aceptar esto supondría:

1) Negar la “garantía primaria”, es decir, ese derecho del ciudadano a que sus derechos fundamentales afectados en un marco de investigación se restrinjan de forma respetuosa con la configuración legal exigible por la Constitución y Leyes de desarrollo y que obligue a los poderes públicos a autolimitarse en cualquiera de sus intervenciones y su *modus operandi* se haga con plena supeditación a estas normas, so pena de expulsión, como exigencia positiva de actuación para estos poderes, y ello en los términos establecidos en el artículo 11.1 LOPJ para las pruebas “causalmente conectadas”. (art.11.1 LOPJ).

2) En segundo lugar, implicaría un desconocimiento de la garantía secundaria del derecho en cuestión (art.24.2 CE), que es parte integrante de todo derecho fundamental, su proteccionabilidad o justiciabilidad<sup>81</sup>. La consecuencia práctica es obvia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues es abundante el número de pronunciamientos en sentencia declarativa denegatoria del amparo pero estimatoria de la vulneración de este derecho al proceso celebrado con todas las garantías, que no da lugar a nada más. Esto deja en papel mojado el presente derecho fundamental<sup>82</sup>.

## NOTAS

1. Decisión Marco 2008/978 JAI del Consejo, de 18 de diciembre (Exhorto Europeo de Obtención de pruebas), Ley 18/2006 de 5 de junio (Sobre la Eficacia de la Unión Europea de las resoluciones de Embargo y Aseguramiento de pruebas en procedimientos penales), el Libro Verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad (Ver nota 13).
2. RUBIO LLORENTE, F., “La rebelión de las Leyes”, en *Fundamentos* núm.4, Junta General del Principado de Asturias, 2006, p. 226.
3. Valga como ejemplo tanto en materia de derecho de defensa (derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable, a la defensa letrada, no declarar contra uno mismo) como las limitaciones constitucionales a la obligación del testigo (secreto profesional y supuestos del artículo 416 LECrim), que tienen una naturaleza procesal.
4. En un Estado de Derecho éstas son muchas y, en nuestra opinión y como tesis de partida, entre ellas se encuentra el derecho a que el titular afectado (por una injerencia o limitación preprocesal o procesal ilícita) tenga garantizado el efecto invalidante de todo lo obtenido en una investigación sin la debida salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales. Aceptar lo contrario —relativizar tales exigencias— significa admitir *por y según* el abuso de nuestros *cuidadores*.
5. Según se expondrá *infra*, desde la perspectiva del Convenio de Derechos Humanos viene dotado de un contenido menos fundamental y garantista que el asignado por nuestros propios tribunales.
6. STC 81/98 FJ 3º “A partir de estas premisas, ha de afirmarse que, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida”.
7. Según DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, ha sido afectado el artículo 11.1 LOPJ. Para estos autores si hasta ahora el artículo 11.1 LOPJ “delimitaba” el alcance de la ineficacia directa y refleja de las pruebas ilícitas, ahora la STC 81/1998, “limita” esta garantía constitucional de índole procesal, de forma que el efecto reflejo ha sido parcialmente excluido de esa garantía constitucional. Es decir, en vez de haber creado una excepción (“delimitación”), ha reducido los contenidos de la garantía procesal (“limitación”). Esto —continúa estos autores— es una involución que implica la realización de un juicio “*ad hoc*”, DÍAZ CABIALE, J.A., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, 2001, p. 38.
8. “El Estado no tiene sólo una obligación negativa, de abstención, sino también la positiva de proteger (los derechos) en las relaciones individuales (...). La consagración destacada de estos derechos (...) no implica en modo alguno que éste quede descargado de su obligación positiva de definir y garantizarlos”, RUBIO LLORENTE, F., “La rebelión de las Leyes”, en *Fundamentos* núm.4, *op.cit.*, pp. 203-229, también FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción Andrés Ibáñez, P. y Greppi, A., Madrid 1999, p. 37
9. RUBIO LLORENTE, F., “La rebelión de las Leyes”, *op.cit.*, pp. 215 y 216. Todo derecho subjetivo fundamental goza de una doble dimensión. Por un lado, la objetiva que impone a los poderes públicos un deber general de protección y promoción de los mismos y, por otro, otra dimensión subjetiva y respecto al individuo que pasa a gozar de instrumentos o prestaciones concretas destinadas a salvaguardar estos derechos frente a los poderes públicos. Es decir, los primeros fijan los límites a la acción de los poderes públicos; los segundos, se refieren a finalidades y prestaciones necesarias para su ejercicio en un determinado ordenamiento. También DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid 2005, p. 36 y 37.
10. Valga como ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental cuya satisfacción exige del Estado, algo más que una mera abstención en su respeto (vertiente negativa del derecho fundamental). Exige una actividad positiva de nuestros gobernantes que se traduce en numerosos derechos, unos de rango fundamental y otros no. Y ello por la razón de que este derecho “es, por definición, un derecho procedimental, *due process*, que se afianza con el establecimiento de una organización, la jurisdiccional y con arreglo a uno principios universalmente consagrados que conforman el Derecho procesal: independencia, imparcialidad, reglas probatorias, en fin garantías procesales”, *vid.*

BAÑO LEÓN, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la constitución española, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, pp. 155 y ss.

11. RUBIO LLORENTE, F., “La rebelión de las Leyes”, *op.cit.*, p. 213.

12. No existe una identidad entre el derecho al proceso con todas las garantías y el derecho al debido proceso, dado que el ámbito de ambos es diferente, aunque estén íntimamente ligados entre sí. *Vid.* ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Bosch Editores, 1995.

13. Reglamento (CE) 861/2007 (Considerando 9), Decisión Marco 2002/584/JAI (Considerando 12), Decisión Marco 2003/577/JAI (Considerando 6), Decisión Marco 2005/214/JAI (Considerando 5 y 6), Decisión Marco 2006/783/JAI (Considerando 13 y 14), Decisión Marco 2008/675/JAI (Considerando 12), Decisión Marco 2008/841/JAI (Considerando 8), Decisión Marco 2008/909/JAI (Considerando 13), Decisión Marco 2008/947/JAI (Considerando 5), Decisión Marco 2008/977/JAI (Considerando 48), *Vid.* SENÉS MOTILLA, C., “Derecho a un proceso Equitativo, público y en un plazo razonable”, en *El espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, VVAA (Coor. IGLESIAS BUHIGUES, J.L./CALDERÓN CUADRADO, P.), Civitas 2009. Sobre la integración del Convenio y la Carta *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J., “La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Europea”, *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, VVAA (Coor. DE LA OLIVA SANTOS, A./ ARMENTA DEU, T./CALDERÓN CUADRADO, P.), Colex, 2007, p. 255 y ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2010.

14. “Al convenio sólo le interesa que el proceso se desarrolle de manera leal y objetiva, es decir, que constituya un auténtico *fair trial*. (...) Al Tribunal le corresponde comprobar que el procedimiento considerado en su conjunto, incluyendo el modo y la presentación de la prueba, revista carácter equitativo. (...) Además, la averiguación de la verdad está sujeta a ciertos límites derivados de la necesidad de respetar los derechos de defensa. Esto exige, en primer lugar, que los medios de prueba se hayan obtenido de forma regular y hayan sido objeto de la discusión contradictoria entre las partes. Además es necesario que los elementos de prueba sean compatibles con los principios reconocidos en la Convención y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, respeten la dignidad y la personalidad humana.

El artículo 6.2 del Convenio (...) exige que la culpabilidad se establezca legalmente, lo que determina la exclusión de las pruebas ilegales. La exigencia de una culpabilidad legalmente establecida ha sido considerada para fundamentar una teoría de la *exclusionary of rule* adaptada a las particularidades del procedimiento continental sancionando, no sólo la utilización de pruebas prohibidas u obtenidas de manera desleal, sino también las que se han obtenido directa o indirectamente mediante procedimientos irregulares. *Sin embargo la Comisión ha rechazado la posibilidad de residenciar en el principio de la presunción de inocencia el régimen de la administración de las pruebas. Para la Comisión este derecho no garantiza más que el derecho a ser presumido inocente, hasta que la culpabilidad haya sido establecida, mientras que el derecho a que la culpabilidad se establezca en el seno de un proceso garantizado legalmente afecta, más bien, a la noción de proceso equitativo*”, *vid.* LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en el Jurisprudencia europea”, *La Jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1993, pp. 263-264.

15. Entre otras, véase el caso SCHENK *vs.* Suiza (STEDH 12 julio 1988), BARBERÁ, MESSEGUÉ y JABARDO *vs.* España (STEDH 16 diciembre 1992).

16. En nuestra opinión, tal vez sea ésta la crítica más contundente a esta postura, pues hacer depender un derecho fundamental procesal del resultado que tal trasgresión supone frente a la totalidad de un proceso, es tanto como negar su autonomía y entidad como derecho subjetivo y como garantía procesal. En palabras de DE LA OLIVA esto supone un subversión jurídica devaluadora de las garantías, pues lo que hubiera ocurrido de observarse la garantía es mera hipótesis, *vid.* DE LA OLIVA, A., (VVAA), *Derecho Procesal. Introducción*, Ramón Areces, 2001, pp. 440-441.

17. DÍEZ-PICAZO, I., (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.), *Comentarios a la Constitución*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1996, p. 96.

18. Siguiendo a ESPARZA LEIBAR, “el derecho fundamental al proceso con todas las garantías es la fórmula general por la que ha optado la Constitución en su art. 24.2, de forma que permita dar cobertura más amplia posible a las situaciones de expresamente contempladas por la normativa constitucional e internacional del 10.2 CE”, ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, *op.cit.* p. 216.

19. Se trata éste de un aspecto todavía no resuelto por nuestra legislación y jurisprudencia constitucional, que irremediablemente influirá sobre la concepción que se mantenga en torno al alcance de todos y cada uno de los derechos y garantías de contenido específico reflejados en el artículo 24.2 CE. Para un planteamiento de la cuestión, *vid.* CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto 2000, pp. 153-178.

20. RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 64, 2002, pp. 30 y 45 donde afirma que “aquellos que le imponen obligaciones positivas, especialmente la de proporcionar bienes o servicios, cuyo contenido no puede ser determinado por el juez”. De este mismo autor, “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”, en *Fundamentos* nº 4, 2006, pp. 204-233, cuya lectura es muy conveniente para comprender el tránsito de los derechos humanos a los fundamentales y la doble dimensión de estos últimos.

21. En nuestra opinión, la decisión judicial de no expulsar del proceso las pruebas que son ilícitas supone, en primer lugar, el desconocimiento del derecho fundamental material violado a través de la injerencia ilegítima, en segundo lugar, el desconocimiento del derecho al proceso celebrado con todas las garantías constitucionalmente protegidas y, finalmente, el desconocimiento de las garantías constitucionales que integran el derecho al proceso penal del ciudadano imputado-procesado, sin las cuales no existe proceso, ni tutela judicial efectiva. En este sentido MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, 17ª Ed. 2009, p. 27 y ss. y BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 1992, p. 102.

Hay numerosos supuestos en los que el Tribunal Constitucional tras aplicar a doctrina de la desconexión de antijuridicidad entre pruebas causalmente conectadas, el Alto Tribunal reconoce la violación del derecho fundamental sustantivo en cuestión así como la del derecho al proceso celebrado con todas las garantías, pero acaba condenando sobre la base de esas otras pruebas que él mismo ha desconectado y que, por tanto, a su parecer son suficientes pruebas de cargo para no vulnerar la presunción de inocencia.

22. En este sentido, muestra cierta discrepancia FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *op. cit.*, p. 59.

23. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2007, así como en *Derechos y garantías: la ley del más débil* Trotta, 2004.

24. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 59-65.

25. Se refiere al derecho a la intimidad (art. 18.1), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), a la integridad moral (art. 15.1) en sus facetas del derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), limitación del uso de la informática (art. 18.4) o el derecho a la nacionalidad (art. 11). Se trataría, en definitiva, de los *derechos de libertad* a los que se refiere FERRAJOLI a lo largo de su obra (*Derechos y garantías...op. cit.*).

26. JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen, 1919, pp. 87 y 94., p. 87 y 94 y PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 1995, pág. 174 y MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, II, p. 132.

27. En este segundo catálogo de derechos encontraríamos, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), el principio de legalidad penal (art. 25) o la amplia panoplia de derechos del artículo 24.2 CE, dentro de lo que la doctrina anglosajona ha venido a denominar el derecho al proceso justo o *due process* o, ya incluidos en el Título VI, la independencia judicial, la prohibición de los Tribunales de excepción, la unidad jurisdiccional (art. 117), la gratuidad de la justicia (art. 119), la publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120), el derecho a la indemnización por errores judiciales (art. 121), así como el derecho a ejercer la acción popular o formar parte del Tribunal del Jurado (art. 125). Estos derechos generan, en términos de FERRAJOLI, *derechos sociales* con una expectativa de prestación (*cit.*).

28. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 61. Esta postura ha sido recientemente recogida en nuestra jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1/2006, de 9 de enero, Voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

29. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 61-62.

30. “El derecho a un proceso con todas las garantías intenta salvaguardar la presencia de ciertas instituciones específicas en la ordenación y tramitación de la realidad procesal, de tal forma que su ausencia, la falta de cualquiera de ellas, bien

en la configuración legal del modo en que debe realizarse el derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales, bien en la propia actuación de estos últimos, origina la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Y desde luego, también (...) parece deducirse la imposibilidad de entender lesionado el artículo 24.2 CE ante una posible suma de anomalías en la normativa del proceso o de irregularidades en su propio desenvolvimiento”, CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *op. cit.*, p. 158.

31. En realidad deberíamos hacer una doble distinción. La prohibición de valorar lo obtenido directamente con violación de un derecho fundamental deriva de forma directa de la entidad y naturaleza de los derechos y libertades fundamentales; se infiere de las normas que los regulan. Y es la regla establecida en el art. 11.1 LOPJ la que obliga al juez a no valorar lo obtenido derivadamente, según se explicará *infra*. A este respecto es interesante la aportación de GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Paraná, Editores del Puerto, 2005, p. 113.

32. Se trata de una “encomienda” activa al órgano jurisdiccional en virtud del valor que poseen los derechos y libertades fundamentales de posible afectación en un proceso y dependerá del desarrollo legal que cada legislador otorgue a este aspecto del *status positivo* del derecho al proceso garantista y respetuoso con los derechos constitucionales para que se admitan o no, por ejemplo, un sistema tasado de excepciones o un sistema basado en esa “ponderación”, tal y como ocurre en el sistema alemán.

Ello por la razón de que el juicio consistente en descifrar la conexión de antijuridicidad entre pruebas causalmente conectadas y la valoración de la licitud o ilicitud resultante, pertenecen sí, al derecho al proceso celebrado con todas las garantías y ello —irremediabilmente— tendrá sus efectos en la fase siguiente del juicio jurisdiccional de valoración de la prueba, sobre los que pesa la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*

33. A este respecto muy interesante el artículo de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule* en EEUU”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 20, 2008, pp. 23-36.

34. GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coor.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008.

35. Consideramos que el artículo 11.1 LOPJ se crea con la finalidad de que nada de lo obtenido en una investigación abusiva pueda tener valor. Todo aquello obtenido a partir de una vulneración directa de un derecho fundamental tiene sentido que sea expulsado del proceso de forma indiscutible e inmediata; el sentido de este precepto debe centrarse, por tanto, en el acervo probatorio obtenido de forma derivada. Entenderlo de otra manera supondría dar cierta cobertura a los actos invasivos de los poderes públicos que, si bien perderían todo aquello obtenido tras la violación del derecho, podría utilizar aquello obtenido de forma mediata. Esto constituiría, entonces, un fraude..

El artículo 11.1 LOPJ tiene valor sobre todo en relación a las pruebas derivadas, porque consideradas en abstracto, son lícitas si no fuera por la eficacia expansiva e invalidante del presente artículo.

36. GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, *op.cit.*, pp. 82 y 89. Es decir, en nuestro ordenamiento, entre las pruebas “causalmente” conectadas, no puede el Juez formular esos juicios de desconexión contrarios al artículo 11.1 LOPJ, por tratarse de un precepto vinculado al artículo 24.2 CE y sólo la acción del legislador podría pasar a excepcionarlo de forma legítima.

37. Corresponde a la Jurisdicción pronunciarse sobre la existencia de una violación de derecho o libertad fundamental y sobre qué pruebas se encuentran o no *causalmente* conectadas entre sí, pero no puede “desconectar” lo que *causalmente* está conectado en contra del artículo 11.1 LOPJ.

38. DE LA OLIVA, A., “Eficacia y garantías procesales de la actividad”, (VVAA), *Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad*, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L., pp. 50-52

39. Así se reconoce en la STC 86/1995 y el ATS 28 de enero 1998 cuando afirman que “una ampliación forzada del efecto expansivo del art.11.1 LOPJ podría producir un efecto contraproducente o perverso de debilitar su efectividad, dando entrada a la valoración de pruebas “diferentes” como si fueran pruebas “independientes”.

40. STS 14.III.1991 (Ar. 2133) afirma que estas pruebas no son subsanables ni explícita ni implícitamente y deben dar lugar a la subsiguiente responsabilidad.

41. A este respecto véase también DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, *La garantía...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss. y la STC 238/1999, 20 de diciembre.

42. A este respecto *vid.* DÍEZ-PICAZO, I., *Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, pp. 96 y BORRAJO INIESTA, I., “El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones”, *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto 2000, pp. 54 y 55.

43. STS 4.III.97 (Ar. 2215) FJº 2 “La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (“directa o indirectamente”), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directa de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente surtirían efectos. Los frutos del árbol envenenado deben estar y están jurídicamente contaminados. El efecto expansivo prevenido en el artículo 11.1 LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir prueba diferente (pero derivada) con prueba independiente (sin conexión causal)”.

44. STS 26/05/1997 “TERCERO.— En cambio procede la desestimación del motivo tercero. Con arreglo a la doctrina jurisprudencial de esta Sala la doctrina denominada como de los frutos del árbol envenenado que en nuestro ordenamiento jurídico tiene sede en el efecto indirecto de la vulneración del derecho fundamental que establece el artículo 11.1 de la Constitución, que es aplicación de la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (“The tainted fruit”) o, genéricamente, doctrina de “los frutos del árbol envenenado” (“The fruit of the poisonous tree doctrine”), que esta Sala, en un reiterado cuerpo de doctrina (representado entre muchas, en las SSTS 210/1992, de 7 febrero (...), ha configurado a través de las notas siguientes: 1.º) No contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas. 2.º) *Que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como “hallazgo inevitable”* (SSTS 298/1994, de 7 febrero, 2054/1994, de 26 noviembre, 725/1995, de 5 junio y 499/1997, de 18 abril)”.

45. GOYENA, J., “Correcciones a la Doctrina...”, *Jornadas sobre la prueba ilícita penal*. Santa Cruz de Tenerife, *op.cit.* cuando afirma en relación a la Sentencia del tribunal Supremo de 21 de mayo 2002 (RJ 2002/7411) que recoge la licitud de la doctrina del descubrimiento inevitable que, “esta sentencia pone de manifiesto el carácter un tanto especulativo de la teoría del hallazgo inevitable, toda vez que, aun cuando se estima que la obtención de un molde en yeso de la dentadura del acusado fue ilegal (...), sin embargo el Tribunal Supremo concluye que, con los datos obrantes en la causa, “cualquier juez de instrucción hubiera tenido que decretar la diligencia”, lo cual no deja de ser una conclusión un tanto aventurada. De hecho en este caso, el Tribunal Supremo lleva a cabo una muy generosa aplicación del principio del hallazgo inevitable, toda vez que presume no sólo el inevitable resultado, sino también, el inicio de esa segunda y paralela investigación que conducirá, indefectiblemente, al hallazgo final”.

46. Al respecto nos parece muy clara la STS 28 abril 1995 (Ar. 2878) donde se autorizó un registro domiciliario para investigar un robo, hallándose casualmente droga. El problema surge cuando se amplía o modifica objetiva o subjetivamente el acto de investigación, extralimitándose de lo establecido en la autorización judicial. Esta autorización es una garantía para el investigado frente a la arbitrariedad de la policía, pero por contraposición puede frustrar una investigación ante los nuevos hechos delictivos. La jurisprudencia entiende, entonces, que se trata de una *notitia criminis* que la policía no debe desconocer o ignorar, pero que tampoco puede obrar sin el respeto de las garantías procesales exigidas por la Constitución y la LECrim. De esta forma, se exige que medie flagrancia para no suspenderse la acción policial.

47. MARTÍN GARCÍA, P., “Jurisprudencia Crítica I”, BIB 2000/2013, westlaw.es, Thomson Aranzadi.

En cualquier caso, por lo uno y por lo otro, ya no hay violación del precepto constitucional y, aunque prescindieramos del acta del registro como elemento probatorio, tampoco habría vicio de origen que impusiera la nulidad de las demás pruebas después realizadas. En este sentido, es clarificadora la línea divisoria establecida entre ambos conceptos en la STS de 14 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8142).

48. STS 25/01/97 (Ar. 109) “El hecho básico sobre el que se construye la condena, es absolutamente independiente y está totalmente desconectado de las averiguaciones realizadas a partir de las escuchas telefónicas declaradas nulas. La investigación policial termina con la detención de la acusada en el Aeropuerto para ser conducida a la Comisaría de Policía, donde no se le encuentra, en un primer momento, cantidad alguna de droga. *Por tanto, y al margen de la validez de la prueba inicial la detención no hubiera arrojado resultado alguno de carácter inculpatario ante la infructuosa búsqueda de la droga.*”

3. *Lo verdaderamente determinante para la inculpación de la recurrente nace de manera autónoma y de forma espontánea cuando el taxista que había transportado a la acusada a Comisaría, al realizar una limpieza del taxi encontró un paquete que estaba entre el asiento y la puerta y que como era del mismo color que la tapicería del coche no se dio cuenta, en principio, de su existencia. A partir de este dato, que surge de manera natural y automática, la Sala sentenciadora dispuso de un elemento probatorio nuevo que aparece totalmente incontaminado y sin relación directa ni indirecta con las sospechas acumuladas durante la investigación policial orientada en función de las escuchas telefónicas ilegales. El taxista que realizó el hallazgo comparece en el acto del juicio oral y explica la forma en que se produjo lo que, unido a una serie de datos obtenidos de la declaración de la acusada en el acto del juicio oral, asistida por su representación técnica y con la debida intermediación y contradicción, lleva a la Sala sentenciadora a la convicción de que la acusada transportaba esa droga para su venta a terceras personas. El fundamento de derecho tercero encadena una serie de indicios, tomados todos ellos a partir de la aparición de la droga, que considera suficientes para integrar, no solo a la tenencia material de la sustancia estupefaciente sino también al ánimo tendencial que da vida al delito. Suscribimos íntegramente el razonamiento realizado en relación con los indicios que se relacionan en el fundamento de derecho antes mencionado y resaltamos, una vez más, que tales elementos probatorios son de cargo y están total y absolutamente incontaminados por la invalidez de las escuchas telefónicas. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado”.*

48. (*US vs. Ceccolini* 1978 y *Dunaway vs. New York* 1979).

49. Sentencia 126 S. Ct. p. 2159 (2006), comentada por GÓMEZ-JARA DIEZ, *op.cit* (*supra*).

50. Sentencia 126 S. Ct. p. 2161 (2006).

51. “La atenuación no sólo puede ocurrir cuando la conexión causal es remota, sino cuando la exclusión no sirve a los intereses protegidos por la garantía constitucional que ha sido vulnerada. Los intereses tutelados por la regla “llamar antes de entrar” incluyen la vida y la integridad física, la propiedad y la intimidad y la dignidad de las personas en la medida en la que pueden verse afectadas por una irrupción súbita. Pero esta regla nunca ha protegido el interés privado en que el Gobierno vea no vea u obtenga pruebas que aparecen en el orden de registro. Puesto que los intereses vulnerados no tienen nada que ver con la obtención de pruebas, la regla de la exclusión resulta inaplicable”, *cit.* Sentencia 126 S. Ct. p. 2161 (2006), citada por Gómez Jara (*supra*).

52. *United States vs. León* 1984 con su correlativo en la STC 282//1993, de 20 de septiembre).

53. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008, p. 319. Recordemos nuestras palabras (*supra*), porque no pedimos que estos órganos policiales y judiciales sean infalibles, pero tampoco creemos que sea aceptable un margen de “normalidad” en su negligente actuación, hasta el punto de dar respaldo legal a posibles errores.

54. Art. 11 LOPJ “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

55. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008, p. 322.

56. Resumiendo, se trataría de valorar tres datos: a) Magnitud de la violación (es decir, por ejemplo, la poca motivación del auto judicial que provocó la entrada y registro o la intervención telefónica); b) Entidad del resultado (por ejemplo, la confesión espontánea y legal del testigo que se encuentra dentro de la casa o noticia de una posible entrega de droga a partir del “pinchazo” telefónico); c) Necesidades de tutela del derecho fundamental sustantivo violado (importancia del bien jurídico protegido, incentivación de transgresiones legales en caso de ser admitida la prueba como válida).

57. Una revisión de esta sentencia puede verse en JUANES PECES, A., “La prueba prohibida. Análisis de la Sentencia 81/98 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia”, *Actualidad Aranzadi*, núm. 353, 30 julio 1998, pág. 1-4, y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L.), *Prueba y proceso penal*, *op.cit.*, p. 322 y, por supuesto, en VIVES ANTÓN, S., “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado”, (*Tol 178872*), p. 1 y 2.

58. “Por eso, hemos podido afirmar que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía

objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (STC 114/1984, fundamentos jurídicos 2. y 3.)” FJ 2º.

59. FJ 2 “Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, *los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental*: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones”.

60. FJ 3 “La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio —que sería la relevante en este caso— opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; pero, puesto que la jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex artículo 117.1 C.E. (SSTC 174/1985, fundamento jurídico 5.; 63/1993, fundamento jurídico 5., y 244/1984, fundamento jurídico 2., entre otras muchas) sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997). *La presunción de inocencia, por tanto, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías tal y como ha sido especificado en el fundamento jurídico anterior*” (la cursiva es nuestra)

61. FJ 4 “A partir de estas premisas, ha de afirmarse que, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el *derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia*. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; *pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida*. Por lo tanto, en casos como el presente, en los que lo que se discute es la dependencia o independencia de ciertas pruebas respecto a la previa vulneración de un derecho fundamental sustantivo —el secreto de las comunicaciones telefónicas del artículo 18.3 C.E.— nuestro análisis ha de discurrir a través de dos pasos que, por más que en la realidad puedan hallarse —como aquí sucede— íntimamente unidos, son lógicamente separables: en primer lugar, habremos de precisar si la valoración de tales pruebas ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías para, en segundo lugar y en consecuencia, decidir si la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada” FJ 3º.

“Sólo en virtud de su origen inconstitucional (...) pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración. En consecuencia, si desde la perspectiva *natural las pruebas* de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible”

62. En los demás casos, podremos encontrar la presencia de estas pruebas ilícitas en el proceso, incluso su valoración, pero sólo provocarán nulidad cuando se constituyeron como única prueba de cargo y el juicio de ruptura fue irracional, pues en el caso de haber “otras pruebas” independientes, la presencia procesal de tal violación conllevará a lo sumo una declaración de violación del derecho a un proceso con todas las garantías, pero en ningún caso la absolución del condenado, pues la convicción judicial se formó sobre otras pruebas. Véase el FJ 3º “La jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex artículo 117.1 C.E., (...) sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997)”.

63. FJ 5º “Esa afirmación que, desde la perspectiva jurídica que ahora estamos considerando, rompe, según la apreciación del Tribunal Supremo, el nexo entre la prueba originaria y la derivada, *no es, en sí misma un hecho*, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada. Por consiguiente, *no se halla exento de nuestro control*; pero, dado que, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen de este Tribunal ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo (ATC 46/1983, fundamento jurídico 6., y SSTC 51/1985, fundamento jurídico 9., 174/1985, fundamento jurídico 2.; 63/1993, fundamento jurídico 5., y 244/1994, fundamento jurídico 2., entre otras) y que, en el caso presente no puede estimarse que sea irrazonable o arbitrario, hemos de concluir que, desde el punto de vista antes expuesto, la valoración de la prueba refleja practicada en este caso no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías”.

64. Cabe recordar la Sentencia norteamericana dictada en el caso *Stone vs Powell, Brown vs Illinois y Hudson vs Michigan*, aludida con anterioridad, donde se reflejaba claramente un juicio muy similar al ahora introducido por el TC. Sobre esta coincidencia *vid.* también DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, *op. cit.*, p. 119.

“En supuestos como el aquí examinado, es decir, en los casos en que se plantea la dependencia o independencia de determinada actividad probatoria respecto de la previa vulneración de un derecho fundamental, hemos de empezar delimitando la zona problemática. Las pruebas puestas, desde la perspectiva constitucional, en tela de juicio, no resultan por sí mismas contrarias al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ni, por lo tanto, al derecho a un proceso con todas las garantías. Sólo en virtud de su origen inconstitucional —como ponen de manifiesto tanto el recurrente como el Ministerio Público— pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración. En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible (...).

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la *indole y características de la vulneración del derecho* al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un *punto de vista interno*, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una *perspectiva que pudiéramos denominar externa*, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. *Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo* (STC 11/1981, fundamento jurídico 8).

Una explicación muy clara de esta sentencia GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”, *Prueba y Proceso penal*, (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L.), *op. cit.*, pp. 279-322.

65. Esto, en puridad, no es más que el *balancing test* realizado por la Jurisprudencia norteamericana, pero con cierta objetivización en sus premisas (Caso *Hudson v. Michigan*), Sentencia 126 S. Ct. p. 2161 (2006).

66. De hecho, existe abundante jurisprudencia en materia de intervención telefónica ilícita, basada en la poca motivación o control judicial, donde se menciona la obtención de un “dato neutro”, como forma de romper la conexión de antijuridicidad entre las pruebas, mientras que en otros, a pesar de ser la violación idéntica, se anula todo lo actuado porque la información fue determinante. Además, si a estos dos parámetros le unimos un tercero, tan vago como la disuasión de los agentes policiales, la transcendencia del bien jurídico protegido, etc., el balance es, si cabe, todavía más peligroso.

67. Con el fin de no incentivar la comisión de infracciones en la obtención de la prueba, el Tribunal Constitucional en esa misma sentencia, ha comenzado a hacer una delimitación de los mínimos exigibles en el supuesto de la protección del secreto de las comunicaciones. Cuando éstos concurren, la prueba será salvada y no entra en funcionamiento la eficacia anulatoria del artículo 11.1 LOPJ.

“La inconstitucionalidad sobreviene por la falta de expresión de datos objetivos que, más allá de las simples sospechas a las que hace referencia la solicitud policial, y pese a su calificación como indicios en el Auto del Juez, se estimaron necesarios por el Tribunal Supremo para que la medida pudiera adoptarse respetando las exigencias constitucionales. Pero, lo cierto es que esa doctrina, sin duda respetuosa del derecho fundamental, no es acogida de modo unánime por los Jueces y Tribunales. Ese dato excluye tanto la *intencionalidad* como la *negligencia grave* y nos sitúa en el ámbito del *error*, frente al que las *necesidades de disuasión* no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho” (FJ 6º).

68. GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *op.cit.* p. 322.

69. Dicha actuación ilegal de esos concretos representantes de los poderes públicos no recibirá pena o castigo dentro del proceso en cuestión. Eso se dilucidará en otro proceso con otro objeto (ahora sí, de imputación).

70. Esta sería su única vinculación con el derecho penal: “Si la pena persigue la confirmación de la validez de la norma penal infringida por el delito, no se legitima su imposición si en el proceso se han infringido por la comunidad normas constitucionales que tutelan derecho fundamentales”, CHOCLÁN MONTALVO, “El tratamiento procesal de la

prueba ilícita”, *Jornadas sobre la Prueba Ilícita Penal*. Santa Cruz de Tenerife, 25 y 26 de junio 2009 www.juriscomer.com p. 2.

71. DE URBANO CASTRILLO, E., “La conexión de antijuridicidad: criterios jurisprudenciales actuales”, *Jornadas sobre la prueba ilícita en el proceso penal*, Las palmas de Gran Canaria 2009.

72. El propio GONZÁLEZ CUSSAC afirma el riesgo existente en torno a esta propuesta de teoría aplicable en materia de prueba del crear “dos sistemas de derecho, uno para los ciudadanos y otro para los enemigos”, p. 321.

73. Prueba de este desequilibrio en el binomio “libertad-garantías del imputado y seguridad-colectividad” es la propia Exposición de Motivos de la reforma parcial de la LECrim donde se proclamaba explícitamente la necesidad de proteger la segunda parte del binomio, es decir, la seguridad ciudadana frente a la posible impunidad del delincuente que, debido a la lentitud y carestía de la justicia, queda libre a la espera de un juicio (LO 8/2002, 24 octubre (BOE 258, 28 octubre).

74. Caso Gäfgen STJCE 30 de Junio 2008 (5ª Sección) (Recurso núm. 22978/05).

75. En esta línea véase ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, 2009.

76. Véase GOYENA, J., en relación con la doctrina de desconexión de antijuridicidad aplicada en la STC 136/2006, de 8 de mayo, en “Correcciones a la Doctrina de los frutos del árbol envenenado. El engaño del imputado”, *Jornadas sobre la Prueba Ilícita Penal*. Santa Cruz de Tenerife, 25 y 26 de junio 2009 www.juriscomer.com.

77. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.* p. 319.

78. CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 158.

79. CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.* pp. 168-178.

80. En conclusión, nos parece que, al igual que el Tribunal Constitucional ha ido desglosando los diferentes contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, procede ahora a desmenuzar otras muchas garantías a las que puede referirse este derecho, a sabiendas de que no todas pueden o deben tener un contenido fundamental. *Vid* CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pp. 153-158 y DÍEZ-PICAZO, I., *Comentarios a la Constitución Española*, *op. cit.*, pág. 100 y véase todo el trabajo realizado por BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*

81. Recordemos, lo afirmado al inicio de este trabajo: “un derecho no garantizado no (es) un verdadero derecho”. *Vid*. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 59.

82. Afirma DE LA OLIVA, “una debida inteligencia de los derechos y garantías procesales, comporta la debida protección de unas y otras. Si una norma garantizadora se infringe, la sanción por esa infracción no puede depender del efectivo resultado negativo que produzca el comportamiento antijurídico contrario a la norma de garantía. (...) Se provoca una grave subversión jurídica, devaluadora de las garantías en todos los terrenos”, DE LA OLIVA SANTOS, A., (VVAA), *Derecho Procesal. Introducción*, *op.cit.*, p. 441.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, 2009.

ARMENTA DEU, T., (VVAA), “La prueba ilícitamente obtenida”, *Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad*, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L., 2001.

ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2010.

CALDERÓN CUADRADO, P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto 2000.

- CARMONA RUANO, M., "De nuevo la nulidad de la prueba: ¿Es indiferente el momento en que puede declararse?", *Jueces para la Democracia*, núm.25, 1996.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites", *Poder Judicial* núm. 38, 1995.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "Tratamiento procesal de la prueba ilícita", *Jornadas sobre la prueba ilícita en el proceso penal*, Las Palmas de Gran Canaria 2009, www.juriscomer.com.
- DE LA OLIVA SANTOS, A./DÍEZ-PICAZO, I., *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Mc GrawHill, 1996.
- DE LA OLIVA, A., "Eficacia y garantías procesales de la actividad", (VVAA), *Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad*, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L., 2001.
- DE URBANO CASTRILLO, E., "La conexión de antijuridicidad: criterios jurisprudenciales actuales", *Jornadas sobre la prueba ilícita en el proceso penal*, Las Palmas de Gran Canaria 2009, www.juriscomer.com.
- DE URBANO CASTRILLO, E., "La testifical del abogado como prueba ilícita", BIB 2001/2202, westlaw.es.
- DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi 1997.
- DEL MORAL GARCÍA, A., "Prueba ilícita: Últimas Tendencias", *Jornadas sobre la ilicitud de la prueba*, Santa Cruz de Tenerife junio 2009, www.juriscomer.com.
- DÍAZ CABIALE, J.A./MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, 2001.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid 2005.
- ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Bosch Editores, 1995.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción Andrés Ibáñez, P., y Greppi, A., Madrid 1999.
- FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2007.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coor.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule en EEUU*", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 20, 2008.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L.), "La evolución de la teoría sobre la prueba prohibida aplicada al proceso penal español: Del expansionismo sin límite al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato", *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch 2008.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., "La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Europea", *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, VVAA (Coor. DE LA OLIVA SANTOS, A./ ARMENTA DEU, T./CALDERÓN CUADRADO, P.), Colex, 2007.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital", *Jornadas sobre Prueba ilícita*, Santa Cruz de Tenerife, junio 2009, www.juriscomer.com.
- GOYENA J., "Correcciones a la Doctrina de los frutos del árbol envenenado. El engaño del imputado", *Jornadas sobre la Prueba Ilícita Penal*. Santa Cruz de Tenerife, 25 y 26 de junio 2009 www.juriscomer.com.
- GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Paraná, Editores del Puerto, 2005.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J., "Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en el Jurisprudencia europea", *La Jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1993.
- MARCHENA GÓMEZ, M., "Dimensión jurídico-penal del correo electrónico", *Jornadas sobre la prueba ilícita de Gran Canaria, Jornadas sobre la Illicitud de la Prueba*, Santa Cruz de Tenerife Junio 2009, www.juriscomer.com.
- MARCHENA GÓMEZ, M./LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Comares, 1994.
- MARTÍN PALLÍN, J., "Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal", *Poder Judicial*, Especial VI.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Tirant lo Blanch 2009.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch 2002.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, 2ª Edición, 2004.
- MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, 1999.
- MORENO CATENA, V., "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", *Poder Judicial*, II.
- RUBIO LLORENTE, F. "Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho", en *Fundamentos* nº 4, 2006.
- RUBIO LLORENTE, F., "Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)", en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 64, 2002.

RUBIO LLORENTE, F., “La rebelión de las Leyes”, en *Fundamentos* núm.4, Junta General del Principado de Asturias, 2006.

SÁNCHEZ NÚÑEZ, T., “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de las nuevas tecnologías en la investigación penal”, Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia”, *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 2 (2007).

VIVES ANTÓN, S., “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado, (*Tol* 178872).

**Fecha de recepción: 3 de marzo de 2011**  
**Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011**

## RESUMEN

En este trabajo se ha tratado de exponer la importancia de la noción de confianza en el seno de las concepciones político-filosóficas que son el liberalismo y el republicanismo. Para ello se analizan dos puntos centrales con los que se vincula la noción de confianza: la idea de libertad y la de democracia. En lo que respecta al liberalismo, la conclusión a la que llega el autor es la de mantener una concepción en la que los ciudadanos adoptan una confianza *impersonal* en los representantes a los que someten a un férreo control. A continuación se examina con más detalle la elaboración del pensamiento republicano sobre la confianza en los gobernantes. En este sentido se propone, siguiendo principalmente el pensamiento de Pettit, llegar a la paradoja que supone para esta tradición sostener que hay una relación de confianza *personal* en los gobernantes (a los que se supone virtuosos) y por otro lado, la necesidad de establecer una vigilancia sobre su actuación. Mi conclusión ha sido que esta tensión interna en el pensamiento republicano conduce en última instancia a que la idea republicana sobre la confianza en las autoridades no sea esencialmente distinta de la que mantiene el liberalismo.

## PALABRAS CLAVE

CONFIANZA, LIBERTAD, DEMOCRACIA, LIBERALISMO, REPUBLICANISMO

## ABSTRACT

In this work I have analysed the importance of the notion of trust in the inside of the conceptions political-philosophical that are the liberalism and the republicanism. For this reason I have analysed two central points to which the notion of trust is linked to: the idea about freedom and democracy. With regard to liberalism, the conclusion is that it sustain a conception according to the citizens adopt an impersonal trust in the authorities. And these makes necessary the establishment of external to controls. Later I have examined the republican thought about the relation between trust and governants. In this sense it has been my purpose, following mainly the thought of Pettit, to show the tension in the republican tradition between trust and distrust. Or in other words, that there is a problematic relation between personal trust in governants (who are supposed to be virtuos) and, on the other hand the need to establish a external control in their performance. My conclusion has been that these internal tension takes the republicanism to an idea about trust in the authorities which is not essentially different of the one sustained by liberalism.

## KEY WORDS

TRUST, FREEDOM, DEMOCRACY, LIBERALISM, REPUBLICANISM

# UNA CRÍTICA A LA NOCIÓN DE CONFIANZA EN EL REPUBLICANISMO

José Luis Pérez Triviño

Profesor de Filosofía del Derecho  
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La concepción de la libertad y la democracia liberal. A. La concepción de la libertad. B. La idea de democracia. 3. La concepción de la libertad y la democracia republicana. A. La idea de libertad. B. La concepción de la democracia. 4. Republicanismo: la confianza en los gobernantes. 5. La tensión confianza-desconfianza en el pensamiento republicano. Nota bibliográfica.

## 1. INTRODUCCIÓN

El concepto de confianza no ha constituido a lo largo de la historia uno de los asuntos que mayor interés haya despertado entre los filósofos y los juristas, pero tampoco ha sido un tema que hayan descuidado los grandes filósofos y puede percibirse un resurgimiento notable durante estas últimas décadas. Hasta cierto punto, resulta sorprendente este resurgimiento; pero si se observa con atención se puede responder a la pregunta acerca de porqué es importante la confianza, y porqué ha adquirido estos últimos años una importancia de la que no había gozado décadas atrás, analizando una serie de problemas que se han dado en dos niveles distintos, el de las relaciones personales y el institucional.

En efecto, en el nivel de las relaciones personales la confianza es relevante para aumentar la cooperación social entre los miembros de una comunidad. Por otro lado, está vinculada al capital social y, en éste ámbito, los republicanos junto a los comunitaristas (pero desde perspectivas teóricas y normativas distintas) han denunciado la pérdida de las formas tra-

dicionales de vida y la disminución de las relaciones sociales en las actuales sociedades occidentales<sup>1</sup>. Tales fenómenos han provocado un aumento de la desconfianza entre los miembros de la sociedad, así como un descenso de la participación social en los asuntos de naturaleza pública.

A nivel institucional, se ha destacado en numerosas ocasiones que la confianza es básica en la configuración de las instituciones sociales y su relación con la ciudadanía. Los conocidos casos de corrupción han puesto en entredicho la oportuna y necesaria confianza que debe existir entre los ciudadanos y las autoridades y, por ello, ha surgido de nuevo la reflexión acerca de cómo acentuar y configurar.

Este segundo aspecto, el de la confianza<sup>2</sup> a nivel institucional, es el que voy a tratar de desarrollar analizando dos perspectivas acerca de cómo puede caracterizarse la vinculación de confianza entre las instituciones públicas (especialmente, los órganos de gobierno) y la ciudadanía<sup>3</sup>.

Estas dos perspectivas son el liberalismo y el republicanismo, concepciones que examinaré brevemente siguiendo el esquema presentado

por Pettit (Pettit, 2004) incidiendo en especial en cuáles son sus principales presupuestos. Como hipótesis señalaré que el liberalismo parece adoptar como principio inicial una relación de desconfianza entre los ciudadanos y las instituciones de gobierno lo que le lleva a establecer en última instancia una relación de confianza *impersonal*. En cambio, el republicanismo se muestra más optimista en este punto de la relación entre ciudadanía y órganos de gobierno: asumiría que puede haber una confianza más plena de los ciudadanos en sus órganos de gobierno, una confianza *personal*, más allá de que, como se verá más adelante, esto puede ser matizado. Trataré de apoyar tales presupuestos en el análisis de dos puntos: a) la idea de libertad; b) la idea democracia. Finalmente, mi conclusión será que si hay especiales diferencias entre una y otra concepción es a costa de que el republicanismo introduzca una **contradicción** importante en sus postulados. En este apartado final examinaré con más detenimiento el intento de fundamentar la idea de confianza desde postulados republicanos que realiza uno de los más importantes exponentes de esta corriente de pensamiento como es Philipp Pettit.

## 2. LA CONCEPCIÓN DE LA LIBERTAD Y LA DEMOCRACIA LIBERAL

Como ha señalado de manera contundente Russell Hardin, el comienzo del liberalismo económico y político es la desconfianza hacia las autoridades estatales (Hardin, 2006: 134). Como explicación histórica de esta desconfianza y su vinculación con el liberalismo norteamericano, Hardin apunta las experiencias inglesas y norteamericana del siglo XVII caracterizadas por dos factores: por un lado, el hecho de que los gobiernos quisieran ejercer un férreo control sobre la economía y, por otro lado, una actitud de los agentes gubernamentales de obtener beneficios propios de tal control. Ambas circunstancias son fundamentales para entender la vinculación histórica del liberalismo con la

desconfianza hacia el gobierno (Hardin, 2006: 136). Pero ya antes, desde una perspectiva teórica, autores como Locke y Hume habían establecido los cimientos de la desconfianza hacia el gobierno al señalar el temor que debe tener cualquier ciudadano respecto de la acción gubernamental y que por ello han de diseñarse instituciones que controlen las acciones de los agentes gubernamentales. En concreto, Hume apuntó lo siguiente: “los escritores políticos han establecido y fijado los diversos controles de la constitución, sobre la base de que cualquier hombre puede ser deshonesto, y no tener otro fin en todas sus acciones que el interés privado” (cit. por Hardin, 2006: 137)<sup>4</sup>.

Incluso antes, Locke se había opuesto a concentrar demasiado poder en una única rama del gobierno dado que “puede ser grande la tentación para la fragilidad humana dispuesta a tomar el poder” (cit. Hardin, Trust: 137). Esta desconfianza fue constante en las reflexiones de Locke, temeroso de la tendencias de los seres humanos por buscar su propia ventaja y para ello usar los poderes del gobierno como instrumento. Efectivamente, suponía que “la forma más cercana de evitar el mal es mostrándoles el peligro y la injusticia que supone, a aquellos que están bajo la más grande tentación de ejercerlo”. (cit. Hardin, 2004: 138).

En general puede verse una trayectoria que va desde Hobbes hasta Smith, pasando por Locke y Hume donde es común la tendencia a pensar que los agentes gubernamentales pueden caer en la tentación de aprovechar su situación de poder y esta desconfianza hace necesario crear instituciones para limitar tales clases de conducta.

La desconfianza liberal característica de la relación de los ciudadanos con las instituciones de gobierno se puede observar en dos ámbitos: la concepción de la libertad y la caracterización de la democracia.

### A. LA CONCEPCIÓN DE LA LIBERTAD

Como es bien sabido, la discusión contemporánea acerca de la libertad ha girado en tor-

no de la distinción de I. Berlín entre libertad negativa y positiva que remeda una distinción ya efectuada por B. Constant entre la libertad de los modernos y la libertad de los antiguos (Pettit, 2004: 117). Por otro lado, ha sido recurrente asignar la primera de estas libertades al liberalismo, y la segunda al republicanismo. No obstante, republicanos como Pettit han señalado que el republicanismo también asume un ideal de libertad negativa. Pero sigue habiendo una diferencia con la concepción liberal de la libertad: el republicanismo concibe la posibilidad de interferencias no arbitrarias y ve en el Estado y la ley no un mal menor, sino las verdaderas condiciones de posibilidad de la libertad individual y de la colectiva.

Así pues, el liberalismo sostiene una idea de la libertad negativa en la que ser (negativamente) libre consiste en estar libre de la interferencia de otros para perseguir aquellas actividades que uno es capaz de alcanzar sin la ayuda de otros: pensar lo que uno quiera, decir lo que uno piensa, circular como uno quiera, asociarse con cualquiera que lo acepte, y del mismo modo con el resto de libertades tradicionales. En consecuencia, lo que pretende el liberalismo es que el Estado no interfiera en la vida (en la autonomía) de los ciudadanos, que éstos puedan pensar lo que quieran, asociarse con las personas que estimen oportuno, etc. De esta forma, el liberalismo es una concepción filosófico-política que en última instancia sostiene que el Estado deba adoptar una posición frente a los individuos en la que permita que la libertad negativa sea respetada en el mayor grado posible. Uno de los autores que mejor expresó esta idea fue Th. Hobbes: “La libertad de un Sujeto reside, por lo tanto, sólo en aquellas cosas que, al regular sus acciones, el Soberano ha permitido”. (Hobbes, 1985: cap. 22).

Para un liberal preocupado por la libertad como no interferencia, el Derecho es en sí mismo una forma de invasión de la libertad de los ciudadanos, que se justifica por evitar invasiones o interferencias aún mayores. (Pettit, 2004: 123).

## B. LA IDEA DE DEMOCRACIA

Entre las diversas explicaciones de la importancia del voto en una democracia, un liberal suele estar más cerca de lo que Pettit denomina la perspectiva de la preferencia. Esta aproximación sugiere una imagen según la cual los electores ejercen un papel de consumidores, mientras que los políticos (y los partidos políticos) se presentarían a las elecciones como proveedores o vendedores:

“cada partido ofrece un paquete de bienes colectivos —un conjunto de políticas públicas— y lo que hace cada votante al votar por un partido en lugar de otro es comprar efectivamente ese paquete...la acción del votante individual debería estar conformada sobre la base de un consumidor que elige qué producto comprar”. (Pettit, 2004: 128)

La justificación de esta explicación es claramente utilitarista ya que se supone que si cada individuo vota por su preferencia entonces hay mayores posibilidades de producir una satisfacción general de las preferencias de los votantes.

De manera simétrica la concepción de los políticos es similar a la de los votantes. Para el liberalismo el papel de los políticos en una democracia es llevar a cabo un proceso de negociación con aquellos que actúan como grupos de presión o con aquellos con quienes entran en liza en el parlamento. En la negociación los partidos persiguen la satisfacción de sus preferencias al menor coste.

La justificación de este proceso negociador como el deseable para la lucha política estaría de nuevo en una visión utilitarista:

“al negociar entre ellos, los políticos representan las preferencias de sus diferentes electores y cada uno de ellos procura de la mejor forma posible la satisfacción de tales preferencias” (Pettit, 2004: 131)

Esta respuesta, quizá demasiado optimista, presupone que los grupos negociadores estarán a servicio de la distribución de las preferencias en la sociedad.

Una vez expuestas estas explicaciones acerca de la idea liberal de libertad y de democracia es ciertamente fácil derivar una cierta desconfianza liberal en las agencias de gobierno, espe-

cialmente por su concepción de la libertad en la que la ley (la actuación estatal) es siempre un límite a la libertad individual. Pero dado que la necesidad del Estado es incuestionable el liberalismo debe encontrar una forma de cohesión la existencia de las agencias gubernamentales representativas de sus intereses y la natural desconfianza hacia ellas por parte de la ciudadanía. Los dos presupuestos examinados conducen a que el liberalismo presuponga una relación de desconfianza de los ciudadanos hacia los órganos de representación y, en consecuencia, se afanen por diseñar múltiples mecanismos de control y de límites a la acción de los gobernantes. Este problema se resuelve en una forma indirecta de confianza que, podríamos denominar “impersonal” en el sentido de que las agencias gubernamentales representan los intereses de la ciudadanía, o dicho de otra manera, encapsulan los intereses de la ciudadanía pero estableciendo límites y constreñimientos que se imponen a los agentes de gobierno.

De hecho, una parte de la historia de la democracia liberal puede entenderse bajo estas coordenadas de establecimiento de límites a los representantes y al gobierno, para de esa forma salvaguardar los más básicos intereses ciudadanos que se han plasmado en la forma de derechos fundamentales. Como ejemplo de estos mecanismos puede mencionarse la separación de poderes, el control de la administración, el establecimiento de los tribunales constitucionales, los mecanismos de transparencia, etc. Así pues, los agentes que forman parte de un gobierno, de una Administración estarán sujetos a un escrutinio y eventualmente a sanciones como muestra de esa “natural” desconfianza liberal.

### 3. LA CONCEPCIÓN DE LA LIBERTAD Y LA DEMOCRACIA REPUBLICANA

El republicanismo se ha caracterizado históricamente por dos rasgos centrales frentes, a otras teorías políticas. En primer lugar, por su

defensa de la idea de libertad, que ha opuesto a cualquier tipo de dominación o forma elitista de poder. En segundo lugar, por su creencia que las personas podrían alcanzar las virtudes y defender su libertad en consonancia con un ideal de gobierno democrático.

Desde sus inicios en la Grecia clásica y en su evolución posterior, el republicanismo se ha identificado como una corriente de pensamiento poco unitaria, con diversas aristas. Tal circunstancia hace que sea difícil dar una visión global de sus ideas. Ahora bien, habría un cierto consenso en destacar ciertas tendencias comunes; entre ellas, la defensa igualitaria de la libertad. La aparición del liberalismo en los s. XVII y XVIII obligó a los republicanos a perfilar mejor sus ideas para obtener así un perfil más nítido frente a las tesis liberales. Veamos cómo este perfil se refleja en su idea de la libertad y de democracia.

#### A. LA IDEA DE LIBERTAD

Frente a la idea característicamente liberal de la libertad negativa, los republicanos sostienen una concepción distinta que ha recibido varias denominaciones: libertad como no dominación, libertad neo-romana o autonomía plena.

Mientras que la libertad negativa para el liberalismo se ha entendido como no interferencia en la autonomía individual, la libertad republicana afirma que no toda interferencia ha de verse necesariamente como una injerencia en la libertad individual y no tiene por qué ser necesariamente injusta. De acuerdo con la doctrina republicana clásica, las leyes no tienen por qué impedir necesariamente la libertad individual, sino al contrario, pueden crear la libertad para los ciudadanos. Para algunas versiones más actuales del republicanismo como la de Pettit, lo que es relevante para los republicanos no es tanto la interferencia como que no haya dominación o dependencia. (Pettit, 2004: 124-5).

En efecto, para el republicanismo clásico, las leyes de un Estado crean las condiciones

de la libertad de la que gozan los ciudadanos. Las leyes, a diferencia de la presunción liberal, no transgreden esa libertad, sino que más bien son las que la constituyen. A su vez, para que el Estado cumpla esa función, tiene que haber una concepción del ciudadano como agente activo y que no está dominado. Es decir, no cualquier forma de Estado constituye la libertad de los ciudadanos.

Así pues, un Estado libre es aquel que se autogobierna, que no está sujeto a coacciones y que se rige por su propia voluntad, entendiéndose por tal, la voluntad general de todos los miembros de la comunidad. En esta concepción, el mantenimiento de una vida libre requiere que los ciudadanos sean políticamente activos y que actúen comprometidos con el destino de la sociedad en la que viven. Deben defenderla de las amenazas externas y deben evitar que una elite acumule un poder político excesivo que pueda conducir a la dominación política. (Skinner, 2004: 95).

Sólo si los ciudadanos tienen la posibilidad de participar directamente en su propio autogobierno, más allá de la participación formal típica de la democracia representativa liberal, será posible articular un sistema que evite la dominación y respete la autonomía de los ciudadanos.

## B. LA CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA

A diferencia de la perspectiva de la preferencia que puede adscribirse al liberalismo, el republicanismo está más cerca de lo que Pettit denomina *perspectiva del juicio*. Si en la concepción de la democracia como preferencia los votantes serían comparables a consumidores, en esta otra concepción los votantes se podrían asemejar a controladores de calidad. (Pettit, 2004: 129).

Según esta concepción, el modelo democrático más aconsejable es aquel que garantiza que todos los ciudadanos posean una capacidad igual de determinar las decisiones políticas, porque, en caso contrario, algunos ciudada-

nos estarían en una situación de dominación, aunque fuera parcial. La máxima dignidad del individuo republicano es la que adquiere en tanto que ciudadano de la república cuando ejerce su libertad, y parte de ello tiene que ver con el desarrollo de sus virtudes públicas. La igual consideración y respeto que se asocia de manera general con el valor de la dignidad, se plasma aquí en un principio más concreto de igual consideración y respeto político.

En consecuencia, para poder ejercer sus deberes y responsabilidades como ciudadanos en la toma de decisiones políticas, en la determinación de la relación de representación políticas, o en la determinación de la relación de representación con los miembros de las estructuras de gobierno, es necesario contar con el diseño institucional básico de la democracia deliberativa. Participando en procedimientos deliberativos, se puede articular un sistema que permita a todos el ejercicio de su autonomía pública compatible con la necesidad de contar con órganos representativos<sup>5</sup>.

El ciudadano republicano junto a sus derechos de libertad posee estrictos deberes de compromiso con el bien común y con la salud democrática de su comunidad, lo que le obliga a desarrollar determinadas virtudes relativas a su vida pública. De lo que se trata es de generar y promover una ciudadanía que se interese por la *res publica*, que lo haga con motivaciones imparciales y comprometida con el bien común; que respete el pluralismo de su comunidad dentro de un marco de obediencia y adhesión a las leyes y principios políticos sustantivos propios de su república, así como respetando la libertad republicana y la igual dignidad de todos sus conciudadanos.

## 4. REPUBLICANISMO: LA CONFIANZA EN LOS GOBERNANTES

Mientras que para el liberalismo era un problema coherente la necesidad de un gobierno representativo y una concepción de la

naturaleza humana desconfiada hacia aquellos que ejercen de autoridades, tal relación no es un problema para el republicanismo dado que no existe esa desconfianza hacia las agencias gubernamentales. Hay lo que se podría decir una “confianza republicana” cercana a una confianza “personal”:

“es un tema recurrente entre los republicanos que el gobierno no puede vivir únicamente sobre la base del derecho y la regulación, que inevitablemente aquel presupone la presencia de una virtud —la presencia de confiabilidad— en la sociedad, particularmente en aquellos que tienen el poder” (Pettit, 1998: 302)

Esta idea ya estaba explicitada en la tradición republicana clásica donde Maquiavelo ya había escrito acerca de la confianza en los funcionarios:

“... si ellos han de mantenerse, necesitan de leyes, pues las leyes si han de ser observadas, necesitan de buenas costumbres” (cit. por Pettit: 1998, 302)

En efecto, para la concepción republicana parece que el ciudadano tiene una relación con el gobierno, con sus autoridades, en las que éstas son vistas como personas con ciertas virtudes, y en concreto, como individuos que tienen una actitud cooperativa, con una motivación en la que es importante demostrar que son confiables.

Por esta razón no extraña que esta tradición de pensamiento haya otorgado una cierta preeminencia a la noción de confianza en su reflexión acerca de la vinculación entre ciudadanía y gobierno.

“La larga tradición de pensamiento republicano sugiere que si el gobierno funciona, si el gobierno quiere tener éxito al asegurar la libertad de los ciudadanos —en particular, su libertad como no dominación— entonces aquellos en el gobierno y ciudadanos en general, deben poseer [...] virtud cívica; deben ser confiables” (Burt, 1993: 364)

El gobierno republicano estaría investido de una confianza cuando el pueblo le otorga el poder. En efecto, para los republicanos que depositan tanta esperanza en la confiabilidad personal de sus gobernantes, el gobierno no es sólo un gobierno de leyes, sino también de buenas costumbres (*morals*). El ciudadano republicano espera que los gobernantes demues-

tren tener una disposición a ser confiables y este tema se repite de manera enfática en la necesidad de virtudes cívicas. Si estas virtudes se requieren de los ciudadanos (participación, compromiso, honestidad, etc.) a fortiori se esperan de los gobernantes. El ciudadano espera que éstos encapsulen sus intereses en la acción de gobierno:

“Es una creencia republicana común que donde hay un mínimo de confiabilidad en el gobierno [...] entonces hay una razón para confiar en los agentes de gobierno [...], que son confiables” (Pettit, 1998, 304)

El problema para el republicanismo en esta visión optimista acerca de la confiabilidad en los gobernantes es que tal creencia tenga pilares firmes donde afirmarse. Sólo ofreciendo una respuesta sólida a esta cuestión podrán rechazar la crítica obvia de que se trate de una visión utópica. Esta es la pregunta que trata de responder el propio Pettit cuando interroga a los republicanos:

“¿Pero tienen ellos [los republicanos] fundamentos realistas para esperar que las autoridades demuestren confianza personal valiosa? (Pettit, 1998: 304)

La respuesta que ofrece Pettit a este interrogante consiste en apelar a una motivación que cualquier individuo tiene y aunque en principio no sea la más elogiada desempeña una función crucial en el surgimiento de la confiabilidad: el deseo de reconocimiento por parte de los otros, el deseo de ser visto como una persona honorable por el resto de personas que conforman el grupo social.

La paradoja es que de esta forma una virtud como la confiabilidad se fundamenta en algo que no es precisamente un rasgo elogioso de la naturaleza humana. La confiabilidad es alimentada, en esta reconstrucción, por un sentimiento que no es precisamente una virtud como es el caso de la autoestima o el deseo de gloria<sup>6</sup>. Este rasgo paradójico de la confiabilidad en la tradición republicana ya había sido considerado por Montesquieu al argumentar que la opinión social ofrece uno de los medios más potentes para mantener honestos a los agentes gubernamentales. En concreto Montesquieu señaló la conexión entre ciertas

emociones (el honor) y la confiabilidad en la monarquía:

“En estados monárquicos y moderados, el poder está limitado por aquello de lo que él mismo surge; es decir, el honor, que reina como un monarca sobre los príncipes y el pueblo” (Montesquieu, 1990: 30)

Esta misma idea ha sido retomada en la actualidad por Pettit:

“si hay estándares y modelos en una sociedad que establezcan qué es ser honorable —esto es, qué es ser confiable— entonces aquellos que no están en posesión de tal virtud desearán tenerla; desearán ser vistos como honorables. Ser visto como una persona honorable es tener honor (is to be honored), después de todo, tener honor —gozar de la buena opinión de los otros— es uno de los bienes humanos primarios” (Pettit, 1998: 305)

La tesis republicana es según Pettit bastante razonable y convincente. Su argumento se explicita de la siguiente manera:

“Asumamos que los estándares apropiados de la conducta del gobierno están establecidos y que la actuación de los agentes con relación a tales estándares son reconocidos de forma general. Dado que la actuación puede ser plausiblemente puesta en entredicho con relación a la confiabilidad —dado que un régimen de confianza personal está establecido en la conciencia común—, entonces aquellos que están en el gobierno tienen una razón suplementaria para cumplir con la confiabilidad. Como los que están en el poder reconocen que la ciudadanía les supone confiabilidad al explicar su buena conducta —al menos hasta cierto límite— tienen un motivo extra para comportarse de esa forma; en el caso de comportarse adecuadamente ofrecen la perspectiva futura de ser bien vistos —de ser vistos como confiables— por la ciudadanía en general.” (Pettit, 1998: 307)

El argumento de Pettit se completa con la introducción de lo que se podría denominar un mecanismo sancionatorio en caso de que los gobernantes traicionen la confianza que depositaron los ciudadanos. Este mecanismo sería una razón suplementaria de la confiabilidad que dotaría de mayor seguridad a los ciudadanos. Esto es lo que Pettit denomina *mechanism of trust-responsiveness* (mecanismo de responsabilidad de la confianza):

“Surgen de la creencia de que incluso si los agentes no están motivados por el hecho de ofrecer confiabilidad a otros, estarán movidos al menos por el hecho de que los otros pensarán mal de ellos al demostrar que no

son confiables... la lección de la explicación republicana sobre el amor a la gloria es que aquellos que tienen fundamento de confiabilidad por la confianza personal de las autoridades pueden tener también fundamento de *trust-responsiveness* para tal confianza personal” (Pettit, 1998: 308).

## 5. LA TENSIÓN CONFIANZA-DESCONFIANZA EN EL PENSAMIENTO REPUBLICANO

Sin embargo, el argumento republicano de Pettit acerca de la confiabilidad de los agentes gubernamentales no acaba aquí. Si así lo hiciera, sería un argumento consistente, aunque podría ser objetado por una cierta visión idílica de la naturaleza humana y del comportamiento de los individuos que acceden a los cargos de poder.

El problema en el seno de la propia teoría republicana es que existe otro componente en su entramado que, en cierto modo, va en dirección contraria a todo lo que se ha expuesto anteriormente. Como antes se ha señalado en el acercamiento republicano a la idea de democracia, los votantes serían controladores de calidad:

“no concurren a las elecciones para registrar sus preferencias individuales entre las alternativas que ofrecen... concurren a las elecciones para registrar su juicio sobre qué alternativa es la mejor para la sociedad en su conjunto, cualesquiera que sean los criterios que ellos consideran apropiados... [se] comportan como los miembros de un comité de selección que trata de alcanzar una opinión concienzuda sobre los méritos de los candidatos”. (Pettit, 2004: 129)

La justificación de esta explicación reside principalmente en que la participación de los ciudadanos en el control de los paquetes de políticas públicas haría que aumentara la probabilidad de que se eligieran los mejores paquetes en la medida que triunfen los mejores criterios. Por otro lado, si la población se involucra en esa actividad de debatir los criterios políticos, aumentaría la calidad de la participación y de la sociedad en general. Habría una

mayor preocupación por los asuntos públicos, que es algo intrínsecamente positivo.

Esta doctrina tomó cuerpo durante el siglo XVII y XVIII en la tradición de la Commonwealth. Uno de los principales mensajes de la Commonwealth fue que la gente tenía que mantener una continua mirada sobre aquellos que tenían poder —un poder que es inherentemente corrupto— y que ellos debían desafiar a los gobernantes a que explicaran y justificaran su conducta en cualquier materia. (Pettit, 1998: 309). Esta visión republicana del papel del ciudadano respecto de sus gobernantes es perfectamente consistente con otro aspecto característico de esta tradición de pensamiento como es su idea de que el precio que hay que pagar por la libertad es la vigilancia continua de los gobernantes. Según la tradición republicana, la mejor forma de mantener un seguimiento de la actuación del gobierno es no quitar los ojos de encima de los gobernantes. Para asegurar que las autoridades son confiables en tanto que funcionarios virtuosos, es necesario establecer controles e insistir en mecanismos que permitan probar su carácter confiable. (Pettit, 1998: 308).

El problema para el republicanismo es cómo dar sentido, por un lado, a la confianza en los gobernantes; por otro lado, la necesidad de establecer controles y escrutinios: ¿cómo puede el republicanismo asumir que es importante y necesaria la confianza personal en las autoridades públicas y, a la vez, argumentar que los ciudadanos nunca deben ser indulgentes y complacientes con ellos, sino al revés, que es esencial manifestar una actitud de desconfianza? En mi opinión, hay aquí problema en el núcleo del pensamiento republicano.

¿Cómo puede salvarse esta incoherencia? Pettit ha sugerido una estrategia que consiste en distinguir entre: a) tener confianza; b) expresar confianza. Se trata de una distinción sutil que pasa por señalar que “tener confianza” en alguien (a la manera de una confianza personal) es desarrollar o expresar tal confianza<sup>7</sup>.

En cambio, puede haber una confianza expresiva consistente en llevar a cabo actos

de confianza, pero sin que sea necesario que el sujeto (en este caso, el ciudadano) tenga tal confianza en el gobernante<sup>8</sup>. Así, se podría decir “he decidido confiar en ti y sólo puedo esperar que no me defraudarás”. Confiar expresivamente en alguien no es tener confianza, sino tan sólo llevar a cabo aquellos gestos expresivos, las conductas asociadas a depositar confianza en él. Y según Pettit, lo mismo puede predicarse de la desconfianza: se puede desconfiar expresivamente de una persona o institución, esto es, llevar a cabo los comportamientos, gestos y acciones asociadas normalmente a la desconfianza sin, necesariamente, desconfiar.

De esa manera, y esta es la tesis de Pettit, es compatible tener confianza y expresar desconfianza mediante el establecimiento de controles externos o límites destinados a asegurar que no se defraudará la confianza. En definitiva, no habría tensión entre la creencia republicana en dispensar confianza (tener confianza) en los agentes gubernamentales y, a la vez, hacer énfasis en mantener una vigilancia continua sobre ellos, es decir, expresar una desconfianza que se plasmaría en mantener unas exigencias de expectativas respecto de su actuación. Esta estrategia en el ámbito político se podría reflejar en los mecanismos de control en el Parlamento, en la necesidad de permitir el acceso a determinada información, etc:

“La recomendación republicana es que cualquiera sea la confianza personal o impersonal que tenga la gente en las autoridades, ellos tendrán razones en sentir tal confianza si siempre insisten en que las autoridades cumplan las expectativas para así probarse asimismo confiables. Ser vigilante en este sentido no es tener una actitud de desconfianza hacia las autoridades —o al menos, no necesariamente— sino mantener un patrón exigente de expectativas”. (Pettit, 1998: 310)

¿Por qué tiene sentido mantener una desconfianza expresiva, es decir, comportarse como si uno sintiera desconfianza, mientras no se tiene tal desconfianza? La respuesta de Pettit es que aunque de hecho las autoridades no son corruptas, existe la posibilidad de que se corrompan y en ausencia de controles basados en la desconfianza, las autoridades tienen más fácil desarrollar hábitos de corrupción. Y,

aunque no fuera así, imponer tales controles aumentaría las razones de la ciudadanía para la confianza impersonal en las autoridades, reduciendo simultáneamente la necesidad de confianza personal en ellas. No sólo no hay inconsistencia en tener confianza personal en las autoridades y comportarse como si se sintiera desconfianza, sino que es posible que los ciudadanos muestren tal postura dual claramente a las autoridades:

"El énfasis republicano en la vigilancia refleja una creencia de que aquellos que tienen autoridad deben estar sujetos a controles y límites, que esto puede ser la única forma de resguardarse frente a la corruptibilidad y por otro lado, de maximizar los fundamentos disponibles para la confianza impersonal. *Pero tal énfasis en bastante consistente con una actitud de confianza personal en las autoridades.* No hay incoherencia en el corazón de los principios republicanos. Al contrario, los supuestos puntos de vista conflictivos se adecuan de manera natural entre sí mismos." (Pettit, 1998: 311)

Pero esta distinción no sólo es obtusa y complicada sino que supone un problema adicional que también afecta al núcleo del pensamiento republicano. En efecto, si el mecanismo que sugiere Pettit es eficaz, entonces, es por un lado poco virtuoso y por otro lado se acerca a la concepción liberal. Efectivamente, el mecanismo que sugiere Pettit es manifiestamente contrario a las virtudes cívicas que el republicanismo alienta. Y es que el comportamiento de la ciudadanía es, sino insincero, poco compatible con la idea de virtud cívica: los ciudadanos por un lado depositan su confianza en los gobernantes y, a la vez, muestran gestos de desconfianza en sus autoridades. Este sería un comportamiento alejado de las deseadas virtudes cívicas que proclama el republicanismo. Por muy eficaz que pudiera ser ese mecanismo de tener confianza pero mostrar desconfianza, sigue siendo cierto que esta actitud contradice la aspiración de cumplir con las virtudes que reclama el republicanismo.

Por otro lado, también es discutible que tal estrategia sea eficaz a corto plazo pues si las autoridades en el gobierno son conscientes y sabedoras de que bajo la superficie de los gestos de desconfianza de los ciudadanos se esconde una confianza en su actuación, pueden pensar que tienen un inicial margen de actuación para tomar decisiones que vayan en su propio beneficio. En efecto, para mantener la ficción de que hay una confianza de fondo en la relación entre autoridades y ciudadanos, no puede haber una inmediata exigencia de cuentas de la acción de gobierno por parte de los ciudadanos, pues entonces la imagen de que hay confianza se evaporaría rápidamente y sólo quedaría como hecho incuestionable los mecanismos de exigencia de responsabilidad y los diversos límites y controles.

Y por último, ¿qué diferencia práctica habría con el liberalismo y su concepción de la confianza existente entre ciudadanos y gobernantes? Aunque ambas concepciones políticas, como se ha examinado anteriormente, parten de presupuestos distintos acerca de la libertad y de la democracia, con el giro republicano en el que hay un reconocimiento de la corruptibilidad humana y de que es necesario establecerle controles, en última instancia compartirían un mismo temor acerca de una naturaleza humana corruptible que, en el caso de las autoridades, puede llegar a traicionar la confianza que en su momento depositaron en ellos los ciudadanos.

En definitiva, si lo que va a ser determinante para que en la acción de gobierno las autoridades encapsulen los intereses de los ciudadanos no es tanto la confianza personal que éstos les otorgan como los mecanismos de exigencia de responsabilidad (los distintos controles y límites), entonces la diferencia respecto de la perspectiva liberal se diluye considerablemente.

## NOTAS

1. La vecindad, las comunidades se habían constituido en el pasado en formas de organización social que permitía resolver problemas. Sin embargo, estas formas tradicionales de organización social han entrado en declive en las sociedades occidentales, especialmente a partir de los años 60. Desde ese período, las actividades que nos aíslan unos de

otros han aumentado, y a ello han contribuido la televisión, los coches particulares, las viviendas alejadas de los centros urbanos o laborales, etc. Todas estas circunstancias conducen a que disminuyan nuestras relaciones sociales con las personas cercanas a nosotros, y a la vez, que aumente la desconfianza y disminuya la participación social. La mayoría de los cambios mencionados antes y que suponen un declive de la mentalidad cívica son rasgos o tendencias sobre las que tenemos poca influencia. Y aun cuando tuviéramos posibilidad de realizar algunos cambios, lo cierto es que vivimos en sociedades muy distintas a las de nuestros abuelos. Estamos insertos en sociedades en las que la tecnología nos hace menos dependientes de las comunidades locales particulares y ello ha supuesto que los individuos hayan visto crecer sus potencialidades.

Varios autores comunitaristas (Putnam, Etzioni) argumentan a favor de la democracia deliberativa o del renacimiento de la comunidad. Describen el paso de lo público a lo privado y lo lamentan. Querrían restaurar la mentalidad cívica, las actividades de grupo y la vida comunal que piensan ha sido abandonada con el paso del tiempo. (Hardin, 2004b, 4-10). En todo caso, a diferencia del comunitarismo, el republicanismo es muy claro a la hora de rechazar todas aquellas formas tradicionales de vida que puedan afectar la esfera de la libertad, así como las formas de vida tradicionales no respetables moralmente.

2. La noción de confianza que presupondré en el análisis de esas dos teorías políticas es deudora de la concepción de Russell Hardin. Para este autor, decir que una persona (A) confía en otra (B) en algún contexto determinado significa principalmente que B tendrá la motivación para hacer aquella acción que A confía que realice (Hardin, 2004, p. 2) Hardin insiste en distinguir entre confiabilidad y confianza a la que caracteriza como la descripción de un estado de cosas en el que B ha encapsulado los intereses de A entre los suyos propios. Una de las razones por las que usualmente se confunde la confiabilidad con la confianza estriba en que precisamente la confiabilidad normalmente genera confianza: la confiabilidad de B sí tiene un aspecto motivacional pues A actuó así porque B es confiable.

3. A lo largo del trabajo me referiré indistintamente a la relación de los ciudadanos con las autoridades, agentes gubernamentales o gobierno en sentido amplio.

4. Para otras interpretaciones históricas del surgimiento del liberalismo, la adscripción al liberalismo de algunos de estos autores es dudosa y hasta se podría decir que están más cercanos a los postulados republicanos. Más allá de esta discrepancia, el debate no afecta sustancialmente al núcleo del argumento que me interesa mostrar.

5. Junto a la democracia deliberativa, los republicanos añaden otros mecanismos que aseguran el buen gobierno en un Estado de Derecho como por ejemplo, la rotación de cargos o la división de poderes.

6. Esto, por cierto, no implica negar en absoluto que el deseo de ser admirado forme parte de la “arquitectura cognitiva de nuestra especie”. Pero que forme parte de nuestra estructura psicológica no implica necesariamente que sea una virtud, es decir, puede ser un motivo, un incentivo que ofrece buenos resultados sociales o incluso personal pero, al menos en algunas tradiciones, eso no constituye el fundamento de las acciones o caracteres virtuosas. También el egoísmo es un ingrediente insoslayable de nuestra psicología y además, puede ser “útil” y beneficioso desde el punto de vista personal y social. Pero de ahí no se puede pasar a afirmar que se trata de una virtud, al menos para otras tradiciones morales como es la kantiana.

7. “To trust someone in the sense of having trust in him involves confidently assuming reliance upon him”. (Pettit, 1998: 310).

8. “To trust someone in that expressive sense is not to rely with confidence upon him, or at least no necessarily, but to go through the expressive motions -that is, the behavioral motions- of relying with confidence upon him. (Pettit, 1998: 310).

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

V. Braithwaite, y M. Levi, *Trust and Governance*, New York, Russell Sage Foundation, 1998.

S. Burtt, “The politics of Virtue Today: A Critique and a Proposal”, *American Political Science Review*, vol. 87, n.2, june 1993.

R. Hardin, *Trust and trustworthiness*, New York, Russell Sage Foundation, 2004.

R. Hardin, *Distrust* New York, Russell Sage Foundation, 2004.

R. Hardin, *Trust*, Cambridge, Cambridge Polity Press, 2006.

- V. Held, "On the meaning of Trust", *Ethics*, 78, n.2, 1968.
- Th. Hobbes, *Leviatan*, México, FCE, 1985.
- Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1990.
- F. Ovejero, J.L. Martí y R. Gargarella, *Nuevas ideas republicanas*, Barcelona, Paidós, 2004.
- Ph. Pettit, "Republican Theory and Political Trust", en V. Braithwaite y M. Levi, *Trust and Governance*, New York, Russell Sage Foundation, 1998.
- Ph. Pettit, "Liberalismo y republicanismo" en F. Ovejero, J.L. Martí y R. Gargarella, *Nuevas ideas republicanas*, Barcelona, Paidós, 2004.
- Q. Skinner, "Las paradojas de la libertad política" F. Ovejero, J.L. Martí y R. Gargarella, *Nuevas ideas republicanas*, Barcelona, Paidós, 2004.

## RESUMEN

Este artículo pretende combatir algunos tópicos muy extendidos relativos al pretendido obstáculo que los derechos de propiedad intelectual, tal y como están legalmente configurados, representan para el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Frente a la frecuente crítica dirigida contra el *lobby* de los titulares de derechos de propiedad intelectual, acusándole de estar anclado en unos métodos de comercialización procedentes de la era analógica, y de intentar perpetuar sus privilegios a costa de frenar la circulación de la cultura por la red, se contraponen que: (i) no es cierto que las industrias culturales no estén adaptándose a las explotaciones en Internet; (ii) el fomento del acceso a la cultura no equivale al suministro gratuito de bienes intelectuales por el Estado o por los propios titulares; (iii) muchas de las utilizaciones de contenidos protegidos que tienen lugar en la red bajo el falso pretexto del favorecimiento del acceso a la cultura son sencillamente infracciones de derechos de propiedad intelectual. Frente a la alternativa de instaurar un modelo de creación y producción intelectual subvencionada por el Estado, el artículo defiende que la asignación a los autores de un derecho de propiedad en exclusiva, por un período determinado y sometido a límites, permite lograr un mejor equilibrio entre los intereses particulares de los creadores sobre sus obras y el interés general de la sociedad en el acceso a la cultura, y que este sistema es igual de válido en la era digital como lo ha sido en la era analógica. El artículo también reflexiona sobre el falso conflicto entre los intereses de las industrias culturales y los de las industrias de las TIC, y concluye que no hay razones para que unos prevalezcan sobre los otros, ya que ambas industrias persiguen intereses igual de egoístas y particulares. El artículo se presenta a modo de una reseña y comentario de una secuencia de tres artículos publicados en un periódico de tirada nacional durante el mes de enero de 2010, dos a cargo de un conocido ex político (Juan Carlos Rodríguez Ibarra) y uno a cargo de un célebre novelista (Antonio Muñoz Molina). Sobre la base de los argumentos que uno y otro emplean, y de la crítica a los mismos, se va tejiendo un ejercicio didáctico en torno a aspectos básicos de los derechos de autor: su razón de ser, su finalidad y el modo en que está articulada su protección jurídica.

## PALABRAS CLAVE

DERECHO DE AUTOR, PROPIEDAD INTELECTUAL, INTERNET, SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, ACCESO A LA CULTURA, FINANCIACIÓN ESTATAL DE LA CREACIÓN Y LA PRODUCCIÓN CULTURAL, EQUILIBRIO ENTRE INTERESES GENERALES Y PARTICULARES, MODELOS DE COMERCIALIZACIÓN DE BIENES INTELECTUALES.

## ABSTRACT

This article tries to combat some common topics related to the supposed obstacle that copyright and related rights, as they are currently designed by the law, represent for the development of the information and communications technology (ICT). As regards the frequent criticism on copyright owners' lobby, accusing it of trying to maintain marketing methods coming from the analogical era, and to perpetuate their privileges, and so causing the slowing down of cultural contents spread in the Internet, it is stated that: (i) cultural industries do have made an adaptation to the new forms of exploitation in the digital environment; (ii) the promotion of access to culture does not mean that intellectual assets must be freely supplied by the State or by the copyright owners; (iii) many of the utilizations of copyright protected contents that take place in the Internet on the false pretext of favouring the access to culture, are in fact mere copyright infringements. Regarding the proposal of establishing a model of intellectual creation and production subsidized by State, the article defends that the assignment to the authors of an exclusive property right, subjected to limits and for a determined period of time, permits a better balance between authors' private interests in their works and society's general interest in access to culture, as well as this system is as valid in the digital environment as it has been in the analogical one. The article also poses the false conflict between cultural industries' interests and ICT industries' ones, and it concludes that there are no reasons for the former to prevail over the latter or vice versa, since both of those industries pursue the same class of selfish and private interests. The article is written as a sort of review and comment on a series of three articles published in a national newspaper in January 2010, two of them by a very well-known ex politician (Juan Carlos Rodríguez Ibarra) and the other one by a famous novelist (Antonio Muñoz Molina). On the basis of the arguments given by them, and the criticism on those arguments, a didactic exercise is made around basic aspects of copyright and related rights: their reason for being, their aim, and the way in which their legal protection is articulated.

## KEY WORDS

COPYRIGHT, INTELLECTUAL PROPERTY, INTERNET, INFORMATION SOCIETY, ACCESS TO CULTURE, STATE FINANCING OF CULTURAL CREATION AND PRODUCTION, BALANCE BETWEEN GENERAL AND PRIVATE INTERESTS, MARKETING MODELS FOR INTELLECTUAL ASSETS.

# ENTENDER EL DERECHO DE AUTOR

Rafael Sánchez Arísti

Profesor titular de Derecho Civil  
Universidad Rey Juan Carlos Madrid

**Sumario:** 1. Planteamiento. 2. El artículo I: “Fregonas y maletas de ruedas”, de Juan C. Rodríguez Ibarra. A. La creación no surge en el vacío: los ejemplos de la fregona y la maleta de ruedas. B. La propiedad intelectual de las creaciones musicales y audiovisuales versus la propiedad intelectual de las obras plásticas y arquitectónicas. C. La comercialización de las obras intelectuales en ciertos sectores: formatos de producción *versus* formatos de consumo. D. Conclusión: una propuesta para que los autores no se mueran de hambre o la panacea del Estado subvencionador. 3. El artículo II: “Parábola de Rodríguez Ibarra y las naranjas”, de Antonio Muñoz Molina. 4. El artículo III: “Derechos de autor, antes y ahora”, de Juan C. Rodríguez Ibarra. A. Intereses particulares *versus* intereses generales. B. Los derechos de autor: conquista reciente. C. El adalid del *software* libre. D. Otra vez el Estado. E. Superando la explotación basada en el soporte físico. F. Superando la explotación mediante intermediarios. G. Industrias culturales versus industrias de las TIC. H. Epílogo.

## 1. PLANTEAMIENTO

En diversos días del mes de enero de 2010, las páginas de un periódico de tirada nacional sirvieron de escenario a una polémica entre dos conocidos personajes, un ex político y un literato, a propósito de los derechos de autor: de su razón de ser, de su finalidad, del modo en que está articulada su protección jurídica. Aunque tanto en la prensa escrita como en otros medios de comunicación existe un amplio debate público en torno a dicho tópico, este duelo dialéctico presentaba un interés especial, no sólo por la identidad de quienes lo protagonizaron, sino también porque la disputa se planteaba en unos términos que permitían ofrecer una relativamente fácil respuesta o contrapunto a los argumentos utilizados, favoreciendo así la realización de un ejercicio didáctico alrededor de la regulación jurídica de estos derechos, los cuales vienen siendo objeto de una muy extendida incomprensión, probablemente porque en primer lugar vienen siendo objeto de una insuficiente explicación, tanto a nivel divulgativo como desde el punto de vista de la enseñanza técnica que se imparte en las facultades de Derecho. Ese ejercicio di-

dáctico se hace más pertinente cuando personas que gozan de celebridad en otros campos y que difunden su opinión desde tribunas privilegiadas, realizan juicios sobre la legislación de derechos de autor sin emplear el rigor que sería deseable.

Por otro lado, la realidad nos muestra día a día que la pedagogía en torno al derecho de autor ha de descender a niveles francamente elementales. Parece necesario convencer de aspectos tan básicos como que la existencia de este tipo de propiedad no es más cuestionable que la de la propiedad en general, que por tanto merece ser igualmente respetada conforme a las prescripciones legales, las cuales captan —mejor o peor es otra cuestión— el equilibrio entre el interés particular del autor en obtener protección sobre sus creaciones y el interés de la sociedad en acceder al disfrute de los bienes intelectuales de la manera más libre y menos onerosa posible. Curiosamente, la sociedad no parece necesitar ser convencida o ilustrada acerca de que es correcto que exista la propiedad sobre los inmuebles, las alhajas, los caudales depositados en los bancos o los vehículos a motor. Tampoco parece difícil de conseguir

que el gran público asuma que la apropiación, sin permiso de su dueño, de un objeto material ajeno constituye una acción ilícita, con toda probabilidad perseguible penalmente, mientras que resulta poco menos que imposible persuadir a una gran parte de la ciudadanía de que la apropiación sin permiso de su dueño de un bien inmaterial también es ilícita y que debe ser igualmente reprimida, al menos a través de acciones civiles.

La razón principal de esta ineptitud para comprender los derechos de autor probablemente deba conectarse con el ejercicio de abstracción que es necesario realizar para aprehender la existencia de un bien inmaterial —una obra literaria, una composición musical, una obra plástica—, por encima o más allá de los objetos materiales —libro, disco, cuadro— en los que dicha obra se manifiesta o exterioriza en el mundo de los sentidos, así como el desdoblamiento que consiguientemente se produce entre la titularidad de la propiedad intelectual sobre la obra y la de la propiedad ordinaria sobre su soporte. Se halla preocupantemente extendida la convicción de que el adquirente del ejemplar de una obra está facultado para compartir con otros sujetos —todos los usuarios de la red, si se piensa en la virtualidad de determinadas aplicaciones de Internet— el ejemplar que ha adquirido, en el entendimiento de que esa facultad constituye un rasgo inherente a su condición de propietario. Sin embargo, ello supone ignorar que el título de adquisición del ejemplar no comporta la adquisición de los derechos de autor sobre la obra, y que, puesto que sólo se puede compartir aquello que se tiene, únicamente al autor —propietario intelectual— incumbe decidir si su obra será objeto o no de esa clase de diseminación altruista.

La protección jurídica de las obras intelectuales está adaptada a su singular naturaleza, y consiste básicamente en la asignación al titular de los derechos —en origen el autor, con posterioridad normalmente un cesionario de éste— de la facultad de sacar provecho de las mismas en exclusiva mediante su explotación en actividades con terceros, de forma que quien desee

reproducir, distribuir, comunicar públicamente o transformar esa obra deberá proveerse del permiso del titular o de la entidad a quien éste haya encomendado la gestión de sus derechos. Es decir, a diferencia de la propiedad ordinaria, la propiedad intelectual no está basada en el valor de uso del bien objeto del derecho, sino en su valor de explotación. De ahí que no quepa hacer simplistas traslaciones de los esquemas de la propiedad sobre los bienes materiales a la de los bienes inmateriales. Esa protección de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras se asegura durante un cierto periodo de tiempo (como regla, toda la vida del autor y hasta setenta años después de su muerte), aunque la ley contempla algunos límites o excepciones que permiten que, incluso durante ese periodo, se puedan realizar ciertas utilidades o explotaciones de la obra sin necesidad de obtener permiso del titular. Ambos aspectos —duración y límites— son un claro reflejo de la función social que cumple esta clase de propiedad, lo que constituye un rasgo inherente a toda propiedad por mandato del artículo 33.2 de la Constitución española (CE).

El hecho indudable —convertido en fácil alegato por parte de los que abogan por un recorte, o incluso por la desaparición, de los derechos de autor— de que detrás de las obras hay cultura y que el acceso a ésta debe ser favorecido por los poderes públicos (artículo 44 CE), no faculta a los ciudadanos para procurarse los bienes intelectuales al margen de los permisos legales y canales de comercialización por los que legítimamente hayan optado los titulares. Se tiende a confundir la promoción del acceso a la cultura con la gratuidad del acceso a todos los bienes intelectuales, aunque éstos tengan dueño. Los poderes públicos también deben favorecer el acceso a la vivienda (artículo 47 CE), pero eso no significa que el Estado esté obligado a proporcionar una vivienda gratuita a cada ciudadano. Esa clase de favorecimiento tiene más que ver con la creación de las condiciones adecuadas dirigidas a hacer efectivo el disfrute de los bienes en cuestión por el mayor número posible de ciudadanos, que con un suministro directo de esos *inputs*. En el caso de

la cultura, el mandato constitucional se traduciría en medidas tales como el establecimiento de ventajas fiscales a favor de los sujetos que comercializan o consumen bienes culturales, la subvención de determinados proyectos o iniciativas culturales, o la creación de bibliotecas, museos, auditorios, teatros y centros culturales para aproximar la cultura al ciudadano. Por lo demás, el mandato de promoción del acceso a la cultura —como el de la vivienda— se dirige a los poderes públicos y no a los particulares, quienes no tienen por qué suministrar gratis a otros particulares un bien de su propiedad. El autor ya contribuye suficientemente a garantizar el acceso a la cultura cuando decide divulgar su obra al público

Al igual que la propiedad intelectual no está reñida con el favorecimiento del acceso a la cultura, tampoco representa un obstáculo a la libre circulación de las ideas y la información, ya que lo protegido por el derecho de autor no son éstas como tal, sino la original forma en la que han sido expresadas o conformadas por un determinado autor. Es únicamente la forma expresiva de la obra la que no puede ser explotada sin el permiso del autor, mientras que las ideas e informaciones subyacentes —en tanto elementos pertenecientes al común— pueden volver a ser empleadas por otros autores, y en general ser utilizadas libremente por cualquiera.

El presente trabajo se configura como una suerte de reseña y comentario de los tres artículos que sucesivamente se publicaron dando cuerpo a la polémica a la que me he referido. El primero, de Juan Carlos Rodríguez Ibarra, titulado “Fregonas y maletas de ruedas” fue publicado por *El País* de 5 de enero de 2010; el segundo, de Antonio Muñoz Molina, apareció en *El País* de 7 de enero de 2010 bajo el título “Parábola de Rodríguez Ibarra y las naranjas”; y el tercero, de nuevo de Rodríguez Ibarra, se titulaba “Derechos de autor, antes y ahora” y se publicó en *El País* de 27 de enero de 2010. Me referiré a ellos como el artículo I, el artículo II y el artículo III, y a sus autores mediante las iniciales respectivas: JCRI y AMM.

## 2. EL ARTÍCULO I: “FREGONAS Y MALETAS DE RUEDAS”, DE JUAN C. RODRÍGUEZ IBARRA

Los temas abordados en este artículo son básicamente tres, todos ellos en tono crítico con los derechos de autor o con el modo de comercializarlos, o dirigidos a poner de manifiesto las contradicciones internas del sistema. Estos tres grandes argumentos se ven complementados con una suerte de colofón en forma de propuesta para que los autores, cuya propiedad intelectual es tachada de “discutible” e incluso susceptible de ser negada desde una concepción de izquierdas, puedan al menos recibir “algún tipo de remuneración”, parece que más a título de concesión graciosa que de auténtico derecho subjetivo. Veamos cuáles son los tres argumentos principales del artículo, para después desgranar la propuesta que sirve de cierre al mismo.

### A. LA CREACIÓN NO SURGE EN EL VACÍO: LOS EJEMPLOS DE LA FREGONA Y LA MALETA DE RUEDAS

Recorre JCRI a la técnica del ejemplo para ilustrar su primer argumento, y en concreto lo hace tomando como referencia dos objetos: la fregona y la maleta de dos ruedas. Sobre la base de que, para inventar ambas, hubieron de existir primero otros inventos que las precedieran (tales como el palo, el trapo, la rueda y la maleta sin ruedas), intenta persuadir al lector de que no puede haber creaciones surgidas de la nada, porque todas habrán de apoyarse siempre en otras ya existentes, lo que le lleva a interrogarse sobre si “le corresponde algún tipo de propiedad intelectual al inventor de la fregona y al inventor de la maleta de ruedas”. Como aclaración preliminar, se hace necesario decir que los dos objetos a los que se refiere el ejemplo puesto por JCRI no son obras intelectuales sino inventos, siendo así que su artículo versa sobre las primeras y no sobre los segundos. Los inventos son objeto de un derecho de

patente (lo que en el sistema jurídico español constituye un derecho de *propiedad industrial*, regulado en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes), mientras que las obras intelectuales son objeto de un derecho de autor (que en nuestro ordenamiento constituye un derecho de *propiedad intelectual*, regulado en la Ley del mismo nombre de 1987, refundida por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril). Inventos y obras ni son lo mismo, ni se sujetan a los mismos requisitos de protección, ni confieren los mismos derechos a inventores y autores respectivamente. Sea como fuere, concediendo —a favor de JCRI— que inventos y obras intelectuales presentan suficientes similitudes a los efectos que se pretende, pues no en vano ambos pertenecen a la gran familia de los bienes inmateriales, podemos pasar por alto la mezcolanza de conceptos y adentrarnos en su razonamiento.

En sustancia, lo que trata de demostrar JCRI es que todo proceso humano de creación es reducible a un mismo esquema: la unión o combinación de elementos anteriores, previamente creados o inventados por otras personas. Los ejemplos aludidos le sirven para apuntalar su argumentación, pues al fin y al cabo ambos se limitarían a ser la combinación de otros dos inventos que ya existían por separado. ¿Cómo pretender la asignación de un derecho de propiedad a partir de estas premisas?, se pregunta JCRI. Este interrogante admite respuestas a distintos niveles.

En un nivel muy básico, se hace imprescindible corregir la simplista descripción que JCRI hace de la fregona y de la maleta con ruedas, puesto que ella le sirve como apoyatura sobre la cual formular su pregunta. La fregona —que se patentó bajo el nombre “mejoras en los sistemas escurridores por compresión” tal y como consta en el título de concesión a su inventor, el 17 de abril de 1964— no es, por rudimentario que este invento pueda parecer, *la simple unión de un palo y un trapo*. Desafío al lector a que tome en su mano izquierda un trapo y en su mano derecha un palo y a continuación los una: el resultado no es una fregona. Lo que JCRI llama el “trapo” no es

tanto un mero pedazo de tejido susceptible de ser utilizado para la limpieza, como la suma de muchas tiras de algodón sujetas a poca distancia unas de otras, conformando una tupida estructura que da a la fregona su utilidad característica. Por otro lado, el nexo de unión entre el “trapo” y el “palo” debe ser lo suficientemente sofisticado como para garantizar que el primero se mantenga sujeto al segundo aun cuando éste se desplace por rincones y lugares de difícil acceso. En fin, la fregona no sería lo que es si no fuera por el cubo que, dotado de un escurridor, permite impregnar y aclarar alternativamente las tiras de algodón a medida que se desarrolla la operación de fregado. Pero, más que cualquier descripción meliorativa que podamos hacer en este instante de ese invento, lo que demuestra que la fregona es algo más que la simple unión de un palo y un trapo es que, a pesar de que el palo y el trapo formaban parte de la colección de útiles domésticos que la humanidad llevaba empleando desde hacía siglos, hasta que D. Manuel Jalón Corominas no tuvo la “ocurrencia” —JCRI *dixit*— de conjugar ambos elementos de esa forma peculiar, nadie antes que él lo había hecho. Si se tratara de un simple producto consecuencia mecánica de lo ya habido, de la mera unión de dos cosas hartamente conocidas, ¿cómo se explica que sucesivas generaciones de hombres y mujeres no hubieran caído en la cuenta de que se podía lograr un utensilio como ése a partir de un palo y de un trapo? Si, como da a entender JCRI, el recorrido que va desde el trapo y el palo hasta la fregona es tan insignificante, lo lógico es que su invención se hubiera producido en el siglo II a. C. y no en el año 1964

Algo similar cabe decir de la maleta con ruedas: ni la descripción que JCRI hace de este invento hace justicia a la complejidad que encierra y a las múltiples variantes que de él se pueden encontrar, ni resulta apropiado describirlo como la mera suma o yuxtaposición de dos inventos anteriores. Es evidente que todo invento puede ser reducido a sus componentes básicos (v. gr. un helicóptero podría ser descrito como un automóvil con una hélice instalada en el techo); la clave radica en cómo están

diseñados y combinados esos componentes, por ejemplo —volviendo a la maleta con ruedas— en cómo lograr que el sistema de ruedas y manija retráctil no incremente excesivamente el peso de la maleta, disminuya lo menos posible su capacidad de carga y no dificulte su almacenamiento y transporte en los juegos de maletas en los que éstas se introducen unas dentro de otras. Como puede verse, son muchos los factores a tener en cuenta en estos “simples” inventos que JCRI califica como meras *ocurrencias* que fácilmente se vienen a la mente de cualquiera toda vez que se conocen los elementos que los integran.

En un segundo nivel de respuesta habría que precisar que los objetos protegidos por la Ley de Patentes pertenecen a dos categorías: los inventos propiamente dichos y los modelos de utilidad. Los primeros son patentables cuando consistan en “invenciones nuevas”, “impliquen actividad inventiva” y “sean susceptibles de aplicación industrial”, aclarando la Ley que una invención: (a) es nueva si no está comprendida en el estado de la técnica, (b) implica actividad inventiva si no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia; y (c) es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola. Frente a ellos, los modelos de utilidad vendrían a ser inventos de segundo grado, en el sentido de que suponen dar una nueva configuración, estructura o constitución a un objeto ya existente, a fin de lograr alguna ventaja apreciable para su uso o fabricación. Aunque también se exige que el modelo de utilidad reúna novedad y actividad inventiva, éstas se definen de una manera menos exigente que en el caso de los inventos. Consecuentemente, mientras que la patente tiene una duración de veinte años improrrogables contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de concesión, la protección del modelo de utilidad se extiende únicamente por espacio de diez años. Esto significa que, ciertamente, algunas invenciones industriales pueden constituir variantes o derivaciones a partir de otras anteriores, y que el ordenamien-

to jurídico tiene en cuenta esa característica (la menor carga de novedad, la menor actividad inventiva, su carácter dependiente de un invento anterior en definitiva) para concederles una protección de menor intensidad. La intuición de JCRI por tanto sólo es correcta en parte, ya que no se trata de que ese tipo de invenciones estén legalmente desprotegidas, sino de que gozan de un nivel de protección inferior al de los inventos propiamente dichos. En el ámbito de las obras intelectuales ni siquiera existe esa menor intensidad en la protección: las obras derivadas —obras que proceden de otras obras preexistentes, tales como las traducciones, los arreglos musicales o las adaptaciones—, toda vez que han sido autorizadas, se protegen a favor de su autor con la misma extensión y durante el mismo plazo de tiempo que cualquier otra obra.

Pero aún cabría un tercer nivel de respuesta ya que, aunque todas las invenciones o creaciones fueran de la especie descrita por JCRI —meras uniones o combinaciones a partir de las invenciones o creaciones ya existentes—, habría las mismas razones para proteger unas y otras por el derecho de patente y el derecho de autor, ya que sencillamente ése sería todo el nivel inventivo o creativo que le ha sido dado al hombre. El interrogante que formula JCRI revela una suerte de asombro ante la constatación de la insignificancia del hacer intelectual humano. Observar que la invención y la creación son actividades que sólo pueden avanzar apoyándose en lo previamente conseguido por otros inventores y creadores no es erróneo, pero la clave es que ello no hace de menos a quienes inventan o crean, los cuales estarían alcanzando el punto máximo de la escala por la que se miden los actos humanos. Por consiguiente, a la pregunta de a qué propiedad intelectual se refieren los que hablan de “sus” creaciones y de “su” propiedad intelectual, habría que responder: a la única posible. El reconocimiento de una propiedad intelectual a favor de los autores no pretende significar que éstos alumbren sus obras *ex nihilo*, a la manera de un demiurgo tan sólo se busca asignarles unos derechos en línea con el producto de lo que hacen, que

podrá ser poco en términos absolutos o si lo comparamos con lo que podría hacer un ser sobrenatural, pero que es suficiente en términos relativos, si lo comparamos con lo que es capaz de hacer la media de los seres humanos.

En virtud de lo que cree haber demostrado con su ejemplificación sobre la fregona y la maleta de ruedas, JCRI da un paso más y traslada su razonamiento a la creación de baladas, melodías, películas de cine y escritos, a todos los cuales, en su opinión, les pasaría exactamente lo mismo que a aquellos dos inventos: al ser “consecuencia de la influencia” de muchas otras obras precedentes, nadie debería poder reclamar derechos sobre lo que compone, filma o escribe. Dicho de otro modo, puesto que escritores, compositores y realizadores de cine no crean sobre la nada o sobre el vacío sino sobre la base de todo lo que han leído, escuchado y visto a lo largo de sus vidas, ningún derecho debería corresponderles sobre sus escritos, canciones y películas. Según este razonamiento, el hecho de que quien crea lo hace en el contexto de todas las creaciones pasadas y contemporáneas que ha conocido, sirve para poner en cuestión su propiedad intelectual sobre el resultado obtenido, pareciéndole por ello chirriante a JCRI que algunos creadores musicales y audiovisuales españoles hablen “hasta la náusea de sus creaciones y de su propiedad intelectual”

Es difícil asistir a una descripción tan mecanicista de la creación intelectual, a la par que tan esencialmente negacionista del papel del autor como sujeto creativo (“una película de cine ¿no es la consecuencia de las miles de películas de cine que se han creado a lo largo de la historia?”). Si hacemos caso a JCRI, el peso que sobre los autores ejerce el bagaje intelectual y cultural que han heredado es de tal naturaleza que prácticamente elimina toda posibilidad de que el resultado por ellos alcanzado pueda predicarse de su acción creativa en lugar de atribuirse a los efectos del hábitat cultural en el que se desenvuelven, o a la inercia de la tradición en la que se inscriben. Como si las obras pendiesen de ciertos arbustos a modo de frutos silvestres a los que no les queda más

remedio que brotar espontáneamente dadas ciertas condiciones ambientales, pareciera que los autores nada aportan a la generación de aquéllas. Se diría que estamos ante una ley física cuya formulación es la siguiente: “dado el suficiente número de influencias culturales, se obtendrá como producto necesario una nueva obra”.

JCRI debería reflexionar sobre por qué si tantas personas han leído, escuchado y visto exactamente las mismas obras intelectuales, tan sólo un pequeño porcentaje de ellas logra crear nuevas obras. Su razonamiento, basado únicamente en el objeto resultante, pasa por alto que para su consecución se necesita la intervención de una persona, la cual, tras procesar las influencias culturales recibidas, aplique su talento e inteligencia, y dedique el tiempo y esfuerzo suficientes para generar la obra. En virtud de esa suma de ingenio, tiempo y energía el creador consigue, elevándose por encima de lo ya conocido, alumbrar un resultado original. De manera consecuente, la atribución de la titularidad o propiedad del nuevo ente intelectual alumbrado se realiza a favor del autor o creador. Esta solución —asumiendo el *prius* de que todo bien, sea material o inmaterial, necesita ser asignado subjetivamente a un titular— parece la más adecuada, primero porque constituye una suerte de premio al talento y esfuerzo del autor, y segundo porque opera como un estímulo por el que la sociedad se asegura que no decaiga el flujo de obras intelectuales. De otro modo, en ausencia de un derecho de autor, los sujetos con aptitudes creativas carecerían de incentivos para dedicarse a esta labor intelectual, o dedicarían a ella mucho menos tiempo, pues tendrían que procurarse el sustento por otros medios. El mundo de la creación intelectual estaría abocado al amateurismo (obras creadas entre horas) o al diletantismo (obras creadas por quienes no tienen que trabajar para vivir), máxime en una época secularizada y desideologizada en la que las creencias religiosas o políticas sólo en una escasa medida pueden erigirse en fuerzas motoras para la creación intelectual, como ocurrió durante siglos en la época en la que el ordena-

miento jurídico aún no reconocía un derecho de autor.

Pues bien, esos dos elementos —talento y esfuerzo— sobre cuya combinación descansa el edificio de la propiedad intelectual, resultan completamente omitidos en el análisis de JCRI, quien se muestra así refractario a la noción de autoría individual. Muy al contrario de lo que da a entender JCRI, no es el acervo cultural el que hace la obra, sino la obra —cada obra, la suma de todas ellas— la que conforma ese acervo, y antes que la obra el autor que la crea. Sin duda, en esa insensibilidad para captar el factor humano que anida tras la noción de autoría radica la dificultad de JCRI para entender —y en último extremo para aceptar— los derechos de autor.

Antes de terminar este epígrafe, se hace necesaria una breve aclaración al hilo de una de las preguntas que formula JCRI en el segundo párrafo del artículo I, con el propósito de deslegitimar la conducta de quien pretende reclamar la autoría sobre una balada. Tras considerar que su acto de creación reposará “sobre creaciones anteriores o contemporáneas”, se interroga: “¿no hubo antes que él alguien que escribió la primera balada de la historia?”. Detrás de esta frase se esconde la errónea visión de que sólo aquél que haya inaugurado el respectivo género o patrón literario, musical o pictórico, concibiendo la primera balada, la primera novela negra o el primer cuadro expresionista, podría reclamar legítimamente una propiedad intelectual a título de autor. Ello supone confundir el continente con el contenido, el género con la especie, el patrón con la aplicación del mismo a un caso concreto. La obra no está en el estándar de que se haya servido el autor (ritmo de *bossa nova*, puntillismo, poesía concreta), pues éste estará al alcance de todo el que quiera servirse de él para crear, sino en la original expresión concebida por el autor para ser vertida en ese molde. Es indiferente que una obra sea la segunda pintura cubista o el enésimo soneto de la historia: aquélla será o no original con independencia de ese factor, porque la autoría no la da el género, que es del común, sino la específica combinación de palabras, no-

tas, acordes, pinceladas o trazos concebidos y expresados —éstos sí— por un concreto autor. Entender el derecho de autor en términos de precedencia en el empleo de un modelo o patrón es —nuevamente— no entender nada de lo que es el derecho de autor, y por ello no es de extrañar que semejante incomprensión derive en una actitud contraria a la aceptación misma de la propiedad intelectual.

## B. LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LAS CREACIONES MUSICALES Y AUDIOVISUALES VERSUS LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LAS OBRAS PLÁSTICAS Y ARQUITECTÓNICAS

A quien resulte difícil entender el porqué de los derechos de autor, o comprender qué es lo que constituye exactamente su objeto, cómo identificar los derechos de autor frente a otros derechos sobre bienes inmateriales como los de propiedad industrial, o cuáles son los factores que cuentan de cara a obtener la protección, seguramente le resultará mucho más arduo captar las diferencias existentes en el régimen de protección y explotación de las distintas categorías de obras, según pertenezcan a uno u otro campo de la creación intelectual. Esta observación viene a propósito de lo afirmado por JCRI en el tercer párrafo del artículo I, en el que dice haberse trasladado a un banco del parque para seguir escribiendo. Según asegura, dicho parque habría sido diseñado por un arquitecto y frente al banco en el que se sienta habría una escultura que se deleita en contemplar, una escultura cuyo autor —nos aclara JCRI— “se la vendió al Ayuntamiento de la ciudad en la que vivo”. Acto seguido, JCRI se interroga acerca del arquitecto que diseñó ese parque y el escultor que modeló esa escultura, ¿acaso ellos no merecen la misma propiedad intelectual que los autores de música y de películas? ¿Por qué SGAE no le denuncia (sic) por estar contemplando el parque y su escultura sin pagar nada a cambio? ¿Por qué nadie le cobra por ese acto de disfrute de dichas obras intelectuales? ¿Por qué los autores de estos ti-

pos de obras no cobran sus derechos de autor aunque usemos y miremos las obras por ellos creadas?

Intentaremos responder ordenadamente a esa batería de cuestiones, las cuales se revelan apoyadas en otras tantas suposiciones inexactas. En primer lugar debe aclararse que SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), a pesar de que constantemente se la presente como si fuera la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual existente en España, no podría recaudar ni un céntimo proveniente de la explotación de obras plásticas —como son las obras de escultura y arquitectura—, para el caso de que aquí se estuviera produciendo tal explotación, y ello sencillamente porque no es ésa la clase de derechos de cuya gestión se ocupa dicha entidad. Los autores de las artes plásticas están agrupados en VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos) y no en SGAE, la cual gestiona los derechos, entre otros, de los autores de obras literarias, dramáticas, musicales y audiovisuales.

Hecha esta primera aclaración, procede matizar también otra de las afirmaciones que realiza JCRI, en concreto la relativa a que “quienes se dedican al ejercicio de la arquitectura también tienen reconocida la propiedad intelectual”. Ciertamente, así es. Sin embargo, la propiedad intelectual sobre una obra de arquitectura presenta notables peculiaridades, derivadas del eminente destino práctico de la obra y de su más que probable ubicación en una vía pública. En principio, conforme a la LPI, lo protegido son los planos o proyectos de una obra de arquitectura, y aunque esa propiedad proteja al arquitecto, entre otras cosas, frente a la erección o ejecución del plano o proyecto en cuestión, no está claro que sobre la obra en sí, una vez erigida, el arquitecto tenga derechos de autor en la misma medida o extensión que cualquier otro autor sobre su obra. En todo caso, sería una propiedad intelectual sujeta a numerosas modulaciones, habida cuenta del destino práctico de la obra, algunas de las cuales están plasmadas de forma explícita en nuestra legislación. Muy en particular, y esto vale para el arquitecto que diseña un parque

público, como aquél en el que se va a sentar JCRI, pero también para la escultura que está expuesta permanentemente en dicho parque, debe tenerse en cuenta el límite a los derechos de autor contemplado en el artículo 35.2 LPI, en virtud del cual cualquiera es libre no ya de contemplar, sino incluso de reproducir, distribuir en ejemplares y comunicar públicamente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales “las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas”, y ello con independencia de que esas utilizaciones se hagan o no con ánimo de lucro o ganancia comercial.

Constatar este estado de cosas no significa estar de acuerdo con él, y de hecho se puede coincidir con la reivindicación de amplios colectivos de autores plásticos dirigida a lograr la supresión de ese límite del artículo 35.2 LPI. Sin embargo, nada más lejos de las intenciones de JCRI, quien no alude al estatus de los arquitectos y autores plásticos para denunciar que éste se halla recortado frente al de los demás autores intelectuales, sino para decir que ése debería ser el estatus general de todo tipo de obras. En otras palabras, que igual que están ahí la escultura y el parque, listos para ser disfrutados sin que el autor venga a perturbarnos con sus peticiones de cobro a través de molestas entidades como SGAE, deberían estar también las películas y las canciones, dispuestas en la vía pública para que cualquiera pueda acceder a ellas sin tener que remunerar al autor, que por otro lado no lo merece porque —a fin de cuentas— no hace sino replicar hasta la saciedad lo ya creado y conocido.

JCRI parece no darse cuenta —a pesar de que él mismo nos informa del dato— de lo que significa que el escultor haya vendido la escultura al Ayuntamiento. Significa, en primer lugar, que el escultor sí que ha cobrado por su obra, de manos del Ayuntamiento, aceptando a partir de ese momento que dicha obra quede emplazada permanentemente en un espacio público. Se supone que precisamente por ese desprendimiento tan radical y perenne de su creación, el precio al que el escultor la habrá vendido al Ayuntamiento será superior al que

cobraría si fuese a quedar emplazada en un enclave privado, o fuese a ser expuesta en un recinto público de manera temporal. En cualquier caso, es claro que el escultor al que se refiere JCRI habrá asumido voluntariamente que su obra se emplace permanentemente en un espacio de los mencionados en el artículo 35.2 LPI. Y significa, en segundo lugar, que JCRI sí que habrá pagado por poder disfrutar de la contemplación de esa estatua, es posible incluso que más de lo que le cuesta disfrutar de otro tipo de creaciones. Lo que sucede es que no lo habrá hecho directamente, para adquirir un ejemplar de la obra en el mercado, sino indirectamente, vía impuestos, lo que a la postre habrá permitido al Ayuntamiento adquirir esa obra: la cultura subvencionada, como es la consistente en las esculturas y diseños arquitectónicos emplazados en vías públicas, se sufraga por todos los contribuyentes, fórmula ésta por cierto bastante imperfecta de asegurar un retorno económico a los creadores de bienes intelectuales, ya que acaban pagando por esos bienes tanto los ciudadanos que después disfrutan de los mismos como los que no.

Si los autores de música sólo pudiesen colocar en el mercado un ejemplar de su obra en formato fonográfico, piénsese cuáles serían los honorarios que exigiría cobrar el compositor por desprenderse de esa única grabación, y cuál el tratamiento que el adquirente del mismo daría a ese ejemplar único [que a diferencia de la escultura o de la obra de arquitectura sería fácilmente reproducible]. Con toda probabilidad el comprador lo disfrutaría en privado, protegiéndose ferozmente frente a los amigos de lo ajeno, como el coleccionista de obras de arte guarda éstas en su casa bajo fuertes medidas de seguridad. Los ciudadanos menos pujantes tendríamos que conformarnos con ir a los museos a escuchar música grabada en discos, o con esperar a que nuestro Ayuntamiento pudiese adquirir, contra un fuerte desembolso de dinero público, algún disco de vez en cuando, que tal vez se escuchase por la megafonía de un parque bajo estricta vigilancia policial. Esta reducción al absurdo pone de manifiesto que no es éste el esquema de explotación y

disfrute que conviene a la música grabada en fonogramas, la cual, básicamente por la eminente reproducibilidad del soporte, presenta unas características completamente distintas a las de las obras plásticas y arquitectónicas. Precisamente por eso, el sistema de explotación y disfrute de estas últimas no puede servir de modelo al de las obras musicales o audiovisuales, mal que le pese a JCRI.

### C. LA COMERCIALIZACIÓN DE LAS OBRAS INTELECTUALES EN CIERTOS SECTORES: FORMATOS DE PRODUCCIÓN VERSUS FORMATOS DE CONSUMO

La siguiente reflexión de JCRI tiene que ver, no tanto con la esencia de los derechos de autor, sino con el modo en que se comercializan algunos productos que llevan incorporado un derecho de este tipo. Para ilustrarla, JCRI acude a un nuevo ejemplo —a una parábola, como la llama AMM en el artículo II— que tiene como protagonistas a las naranjas. Dice que, cuando él va a comprar dos kilos de naranjas, el frutero se limita a cobrarle por lo que ha pedido, sin pretender venderle dos kilos de melones o tres kilos de manzanas. Y añade que se ha sentido como si el frutero hubiera tenido tal propósito cuando, al ir a la tienda de discos, el vendedor le ha querido vender un disco en el que se contenían muchas más canciones aparte de la única en la que él estaba interesado.

JCRI confunde al lector, y seguramente se confunde él, con el ejemplo que pone. La fruta al por menor se comercializa habitualmente por unidades de kilos, que puede ser incluso un término de referencia excesivo para un concreto consumidor, interesado en adquirir una cantidad inferior al kilo. Ciñéndonos al ejemplo en cuestión, es muy frecuente que determinados tipos de naranjas se despachen en mallas de tres o de cinco kilos, con lo que, por más que JCRI hubiera insistido en que el frutero rompiese la malla para dispensarle sólo dos kilos de naranjas, habría sido tan inútil como solicitar del vendedor de discos que le suministrase un disco con una sola canción. La mayor parte de

los productos que se ponen en el mercado se comercializan en un formato predeterminado, que es el que sirve a asegurar la rentabilidad de la producción o la mayor eficiencia en el transporte o en la distribución al por menor, sin que sea posible adaptar de manera perfecta el formato de comercialización al formato de consumo. Así, muchas conservas se dispensan en embalajes de tres latas, los huevos se comercializan en estuches de seis o de doce unidades y los yogures suelen presentarse en paquetes de cuatro envases. Algo similar sucede con la música: no debe resultar rentable poner en marcha un estudio de grabación, convocar a los músicos y artistas, desplegar una campaña publicitaria y de promoción, para vender un disco que contenga una sola canción, por mucho que ésta sea la medida que interese a un determinado consumidor. Por eso, del mismo modo que no se puede ir a una gran superficie con la pretensión de adquirir una anchoa o la mitad de un paquete de arroz, tampoco cabe empeñarse en que el productor de discos fabrique un soporte con una sola canción, o que el vendedor de discos distribuya un soporte donde aparezca grabado únicamente ese tema. Mejor dicho, esto constituía un empeño vano en el mundo analógico pero ha dejado de serlo en la era Internet, en contra de lo que pretende dar a entender JCRI, pues la adquisición de una canción aislada se ha hecho posible a través de las tiendas de música virtuales.

De este modo, la argumentación de JCRI se vuelve en su contra: no es ya que en el ámbito musical suceda exactamente lo mismo que en muchos otros campos de la comercialización de productos de consumo al por menor, sino que a diferencia de esos otros sectores, en éste —gracias a Internet— se ha hecho posible ajustar prácticamente a la perfección el formato de consumo al de comercialización. Paradójicamente, su reproche podía tener sentido en el mundo analógico, que es donde dice que siguen anclados los productores discográficos, pero una simple visita al almacén virtual *iTunes*, u otro similar, desmiente esa afirmación. Así pues, JCRI no sólo no ha acertado al poner el ejemplo de las naranjas, sino que tampoco

lo ha hecho al dirigirse a una tienda de discos tradicional para adquirir una canción aislada: él mejor que nadie debería saber —puesto que se describe a sí mismo como un emigrante de la realidad física a la sociedad virtual— que para eso hay que acudir a una tienda de música *on-line*.

#### D. CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA PARA QUE LOS AUTORES NO SE MUERAN DE HAMBRE O LA PANACEA DEL ESTADO SUBVENCIONADOR

La propuesta que formula JCRI al final del artículo I es tributaria, sin duda, de su larga trayectoria en el desempeño de altas responsabilidades de gobierno, pues se atisba en ella una fuerte *deformación profesional* de índole subvencionadora. En lugar de dejar que sea el mercado el que se ocupe de asegurar a los autores la justa retribución por la explotación de sus obras, JCRI pretende dejar a los autores sin derechos [de propiedad] y a los ciudadanos sin dinero. Los autores tendrían todo lo más un “derecho a recibir algún tipo de remuneración”, tomando como base lo que en los últimos años se viene recaudando en concepto de compensación equitativa por copia privada, y al Estado le correspondería garantizar el pago de esa cantidad, sucesivamente actualizada, a favor de “la industria cultural nacional”, la cual la repartiría después entre los creadores “en función de los ingresos declarados por venta de sus obras en las respectivas declaraciones de la renta”.

Incluso si estuviéramos dispuestos a admitir hipotéticamente una propuesta de este tipo, que vendría a suponer una suerte de nacionalización de los derechos de propiedad intelectual de improbable encaje constitucional, además de contraria a los compromisos internacionales suscritos por el Reino de España en materia de respeto a los derechos de autor, no podríamos ignorar las incoherencias internas sobre las que se sustenta.

En primer lugar, porque el sostenimiento estatal de la creación intelectual lo ciñe JCRI a

la industria cultural *nacional*, lo que deja fuera a las industrias culturales foráneas (v. gr. grandes casas discográficas y estudios audiovisuales estadounidenses), las cuales lógicamente dejarían de comercializar sus productos en nuestro país, a no ser que pensemos que estas empresas estarían dispuestas a seguir explotando aquí sus creaciones a cambio de nada.

En segundo lugar, porque coloca a la industria cultural en el papel de intermediaria o redistribuidora *ad intra* de las cantidades abonadas por el Estado, sin hacer ninguna aclaración sobre el beneficio que le cabe a la propia industria; la cual, como es consustancial a su naturaleza, no estaría dispuesta a sostener unas producciones sin poder obtener a cambio unos beneficios. Cuando las relaciones entre la industria y los autores se desenvuelven sobre el telón de fondo del mercado, las remuneraciones respectivas tienden a venir marcadas por el éxito o fracaso comercial de la obra pero cuando los ingresos de ambos provienen de una fuente de financiación estatal, que es además controlada por la industria, el autor tendrá menos garantías de que su retribución guarda proporcionalidad con los beneficios de la industria, y de que tanto una como otros se sustentan sobre bases objetivas. Por lo demás, dada la imposibilidad de obtener auténticos beneficios comerciales, los inversores no tardarían en migrar hacia otros sectores industriales.

Tercero, hasta el momento actual la función de redistribución o reparto de lo recaudado por derechos de autor y similares la vienen desempeñando las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, que aglutinan los intereses colectivos de los autores y demás titulares a ellas adheridos, entidades cuyo régimen se halla establecido por Ley y cuya gestión controla la Administración del Estado. No se ve de qué modo podría resultar más transparente —como sugiere JCRI— llevar a cabo el reparto de esas cantidades abonadas por el Estado a través de las industrias culturales (cuyos intereses están confrontados con los de los autores, con quienes les ligan contratos de cesión de derechos), que a través de las entidades

de gestión (las cuales representan a los propios autores a nivel corporativo, y están ligadas a ellos por contratos asociativos y de gestión).

En fin, resulta ilógico —a la par que arbitrario— que el punto de referencia para las cantidades que tendría que abonar el Estado haya de ser “el importe de ingresos por compensación por copia privada que se ha recaudado con la legislación vigente en los últimos tres años”, pues lo que los autores perciben en concepto de compensación equitativa por copia privada es sólo una parte, relativamente pequeña, del monto global de sus ingresos por la explotación de sus obras. Es más, lo procedente de la compensación equitativa por copia privada no es imputable, por definición, a una genuina explotación de las obras, sino a una actividad lícita y permitida aunque sujeta a un gravamen, como es la realización de copias privadas. La propuesta de JCRI vendría a suponer una reducción del contenido económico de los derechos de autor a lo que en la legislación vigente no constituye sino una ínfima parte del mismo.

Sin embargo, la principal objeción que se puede hacer a una propuesta que centralice en el Estado la remuneración de los creadores intelectuales es que no sirve para realizar una más eficiente asignación de los recursos económicos, pues distribuye de manera más imperfecta —entre todos los ciudadanos, en lugar de entre todos los consumidores de obras— el coste social necesario para lograr el afloramiento de bienes intelectuales, desvía hacia una instancia pública las decisiones sobre qué obras han de crearse o producirse, o sobre qué autores han de ser remunerados y en qué medida, y no permite discriminar, o sólo de manera rudimentaria, los precios o los incentivos en función de la acogida que la obra tenga entre el público.

Para terminar, a todas las *dificultades para entender* que JCRI exhibe a lo largo del artículo I se suma la más llamativa de todas, aquélla que se manifiesta en su afirmación de que no es posible entender la propiedad intelectual desde una concepción de izquierdas. Ante semejante aserto sólo caben dos posibilidades: o que JCRI no entienda la propiedad intelectual

tual, o que no entienda lo que es la izquierda. Como debemos suponer que un político que pertenece y ha representado durante tantos años a un partido de izquierdas no puede dejar de entender en qué consiste ese ideario, hay que concluir que lo que sucede es lo primero.

Podrían darse argumentos para sostener que la propiedad intelectual es perfectamente entendible tanto desde una posición de izquierdas como desde una posición de derechas, pero vayamos con lo primero que es lo que ha puesto en duda JCRI. El creador intelectual, por definición, alumbró un objeto que antes no existía en la realidad de las cosas, y con ese acto da a luz no sólo un nuevo bien inmaterial sino también un nuevo derecho sobre el mismo, que se le pasa a asignar a él en su condición de autor. Lo expresa muy bien el artículo 1 LPI: la propiedad intelectual sobre una obra “corresponde al autor por el solo hecho de su creación”. La creación es un modo de adquisición de la propiedad intelectual, que resulta exclusivo y excluyente de la misma: exclusivo, porque ningún otro tipo de propiedad puede adquirirse por este medio (el ser humano no puede crear *ex nihilo* bienes materiales), y excluyente porque no hay otro modo de adquirir originariamente esta clase de propiedad. Gracias pues a la creación intelectual sujetos que no tienen adquiridos ninguna otra clase de bienes por otros medios (v. gr. herencia, donación, compraventa) pueden, en virtud de su solo talento y esfuerzo, devenir titulares de un derecho de propiedad.

Por otro lado esa propiedad, que se asigna originariamente al creador, y que puede luego pasar a los cesionarios y herederos de éste, tiene un plazo de duración limitado (toda la vida del autor y hasta setenta años después de su muerte), no porque a partir de ese momento el objeto de esa propiedad se extinga o desaparezca, sino porque a partir de entonces dicho objeto deja de estar sometido a la propiedad privada y pasa, por ministerio de la ley, al dominio público (artículo 41 LPI), lo que da idea de la función social tan intensa que cumple esta clase de propiedad. Es decir, a diferencia de lo que sucede con la propiedad sobre los bienes

materiales, que dura tanto como duren esos bienes, y que por consiguiente es sucesivamente heredable sin sujeción a un límite temporal, la propiedad intelectual no puede pasar indefinidamente de unas generaciones a otras, lo que evita que se perpetúen derechos de propiedad en el seno de determinados grupos familiares.

En suma, la creación intelectual propicia la generación de nuevos estatus de propiedad privada no basados en la riqueza previa, sino sólo en las capacidades y talentos intelectuales de los propios creadores. Aparece por tanto como una cuña que se introduce en el *statu quo* dando lugar a una permanente actualización del panorama de propietarios privados, lo que redundará en un cierto grado de progreso o transformación social. Al mismo tiempo, no cabe la posibilidad de que las relaciones de dominio a que da lugar se perpetúen, pues se trata de una propiedad sujeta a un término legal de duración. En vista de todo ello, ¿cómo no va a poder entenderse la propiedad intelectual desde una perspectiva de izquierdas, si es probablemente la situada más a la izquierda de todas las propiedades?

### 3. EL ARTÍCULO II: “PARÁBOLA DE RODRÍGUEZ IBARRA Y LAS NARANJAS”, DE ANTONIO MUÑOZ MOLINA

El artículo II está redactado en clave de respuesta al artículo I. Hay en él algunos elementos que no se dirigen tanto a la justificación de los derechos de autor como a poner en evidencia las contradicciones personales en que incurre JCRI, lo que hace que gran parte de los argumentos en él empleados no interesen a nuestro propósito. Si interesa en cambio, en relación con el objeto de este trabajo y al hilo de la parábola empleada por JCRI, la reflexión acerca de que, para que la fruta sea vendida por un minorista, tiene primero que ser cultivada por un agricultor y después distribuida por un transportista. Mediante este paralelismo se puede atisbar un principio clave en materia de derecho de autor: el precio pagado por un bien

cultural está remunerando no sólo a quien ocupa el último eslabón de la cadena, sino indirectamente a todos los que han contribuido a la cadena de valor, y antes que a nadie al propio autor, que dio el impulso inicial para que pudiera existir un bien al que agregar valor en fases sucesivas. Como dice AMM, no se puede pretender pagar sólo por una parte del producto excluyendo las aportaciones de quien nos parezca oportuno, porque el producto entero es el resultado de un proceso creativo y productivo único que culmina en un determinado formato de comercialización. Tratar de despiezar ese producto o ese formato con el pretexto de que no todo en él interesa, sería tanto como no querer abonar un precio suficiente como para remunerar, además de al minorista, al distribuidor, al productor y al autor. Nos guste o no, la comercialización de música y cine se basa en complejas cadenas compuestas de la labor sucesiva de muchos sujetos. Todos ellos merecen su parte de retribución, y si no la tuvieran el producto sencillamente no existiría o no llegaría a nuestras manos.

El interés del artículo II aumenta cuando AMM focaliza su crítica en la parte del artículo I en la que JCRI viene a decir que no sólo no quiere pagar por más de lo que estrictamente desea, sino que cuestiona incluso la razón de ser de que haya derechos de autor que obliguen a pagar a éste cuando se explotan las obras sobre los que tales derechos recaen. Frente al argumento de que toda obra presenta con las creaciones anteriores un grado manifiesto de similitud, lo que determina que no haya razones para atribuir a quien la realice un derecho exclusivo sobre ella, AMM contrapone que no sólo no es cierto que esas similitudes sean tan habituales, sino que cuando se producen deben ser contempladas desde el prisma de la posible infracción de derechos sobre la obra preexistente, exactamente igual que cuando se invade, usurpa o daña cualquier otro derecho de propiedad ajeno, hasta el punto de que si el parecido de una obra con otra anterior es muy acusado, lo que estará realizando el segundo sujeto será un plagio y no una creación.

Menos convincente resulta, sin embargo, el segundo de los argumentos que emplea AMM para combatir el aserto de JCRI acerca de que toda canción se apoya en otras anteriores. Dice AMM que una canción no sólo proviene de otras canciones sino también “de mucha gente que ha trabajado para que llegue a su estado final: casi tanta como la que se necesita para que las naranjas aparezcan en la frutería del señor Rodríguez Ibarra”, agregando que si éste se marcha de la frutería sin pagar sus dos kilos descubrirá que el frutero irá tras él llamándole ladrón. Con ello parece querer decir que cuando no se reconocen o respetan los derechos de autor sobre una obra también se están conculcando los derechos de propiedad intelectual de toda una serie de sujetos, aparte del autor, que contribuyen a lograr que el producto llegue hasta el consumidor final. Esto es cierto sólo a medias, pues no todos los que participan en la cadena de creación y producción de una grabación musical o audiovisual, por ceñirnos a estos ejemplos, ven premiada su labor con el reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual. Sólo un número limitado de actividades tienen la virtud de generar a favor de quienes las realizan derechos de propiedad intelectual. Básicamente esas actividades son de tres tipos: creativas en sentido estricto (autores), interpretativas (artistas) y organizativas (productores); estas últimas siempre que vayan dirigidas a la obtención de la grabación matriz de la obra en su versión sonora o audiovisual. La reproducción o distribución no consentida de una grabación musical o audiovisual implicará, por tanto, la infracción de los derechos del autor, la infracción de los derechos de los artistas que hubiesen intervenido en dicha grabación y la de los derechos del productor bajo cuya organización se hubiese realizado dicha grabación. Frente a ello, el distribuidor al por menor de soportes que contengan grabaciones musicales o audiovisuales —CD, DVD— no ostenta, por esa sola condición, ningún derecho de propiedad intelectual, y si alguien se marcha de su establecimiento con un determinado número de discos o vídeos sin pagar, aquél sufrirá simplemente una vulneración de su propiedad ordinaria sobre tales objetos ma-

teriales, exactamente de la misma naturaleza que la experimentada por el frutero cuando alguien se marcha de su frutería sin abonar dos kilos de naranjas.

Esta confusión entre el plano material y el inmaterial, entre el estatus de quienes tienen derechos de propiedad intelectual sobre determinados objetos inmateriales (obras, interpretaciones, producciones) y quienes sólo ostentan la propiedad ordinaria sobre objetos materiales aunque éstos sean el soporte físico de aquéllos, se refleja en la parte final del artículo II, en la que parece ponerse en igualdad de posición la aportación de valor en el plano inmaterial de la obra y la aportación de valor en el plano material de los soportes o medios que pueden servir para comercializarla o difundirla, pues se resalta el principio de que *toda actividad que genera un valor* debe ser justamente remunerada. La reflexión no es del todo adecuada porque los autores no sólo generan un valor sino que crean un nuevo ente de naturaleza inmaterial, alumbran un bien que viene a acrecer el universo de cosas susceptibles de ser objeto de un derecho de propiedad.

Precisamente por eso no es apropiado comparar el trabajo de un autor con el del quiosquero, el del impresor o el del que barre una calle —como hace AMM—, porque ninguna de las actividades que estos últimos realizan es creativa en el sentido de dar lugar al alumbramiento de un nuevo objeto inmaterial, ni por consiguiente generan derechos de propiedad intelectual, por más que —como el autor, aunque seguramente en una dosis menor— todos ellos puedan emplear “la suma de inteligencia, perseverancia y variadas destrezas”. Decir que “no hay nada valioso que no sea fruto del trabajo de alguien” es una afirmación demasiado genérica como para ser útil de cara a resaltar las peculiaridades del *trabajo* del autor frente al de otros profesionales. De ahí que el artículo II, con estar sustancialmente mejor orientado en términos generales, a la postre tampoco resulte demasiado provechoso para entender los derechos de autor, y ello a pesar del plausible esfuerzo de AMM para lograrlo.

La clave del sistema del derecho de autor es que, mediante la atribución al autor de la propiedad sobre el objeto creado, asegura a éste una forma directa de obtener un retorno económico a cambio de su trabajo intelectual. No se remunera el trabajo en sí, sino aquél que concluye en la gestación de una obra original. A diferencia de otras dedicaciones, el autor no obtiene ninguna recompensa si, a pesar de todo su esfuerzo, no logra alumbrar una obra original. Frente a ello, los auténticos trabajadores perciben su salario con independencia del resultado final de su trabajo, y en concreto con independencia de que ese resultado sea o no una obra intelectual original.

Por todo ello el autor no es un trabajador, ni sus *royalties* son técnicamente un salario. La equiparación con el trabajador por cuenta ajena no es apropiada porque el trabajador no autor no alcanza la consecución de un bien inmaterial. Es más, para los casos en que el autor realice su labor creativa precisamente en calidad de trabajador por cuenta ajena, lo que la Ley prevé es una presunción de cesión al empleador de los derechos de explotación sobre la obra (artículo 51 LPI). Ésta sería la mejor prueba de que el autor, salvo el caso excepcional de que cree para otro en el seno de una relación laboral, es un trabajador por cuenta propia, un sujeto económicamente autónomo, ligado por contratos de explotación de sus obras (edición, producción), carentes de las notas de dependencia y ajenidad propias del contrato de trabajo. Su retribución no constituye un salario sino el pago que los terceros deben hacerle por llevar a cabo una explotación de un objeto de su propiedad. Diríamos que, en virtud de la propiedad intelectual, el medio de producción lo retiene el autor en su poder, a diferencia de lo que sucede en una relación de trabajo, donde los medios de producción los tiene el empresario, incluida la fuerza de trabajo del propio trabajador, quien recibe su salario a cambio de prestarla.

## 4. EL ARTÍCULO III: “DERECHOS DE AUTOR, ANTES Y AHORA”, DE JUAN C. RODRÍGUEZ IBARRA

### A. INTERESES PARTICULARES VERSUS INTERESES GENERALES

Este tercer artículo comienza con una suerte de desquite de JCRI frente a las críticas recibidas de AMM en el artículo II. En esencia, JCRI viene a sostener que AMM defiende intereses personales, y que pretende cercenar el debate en nombre del *lobby* de las industrias culturales, mientras que él (JCRI), que sí puede hablar en nombre de los intereses de todos, defiende “una nueva forma de entender estos derechos”, en pos de la “socialización de la cultura”, teniendo en todo caso como propósito abrir las mentes y hacer dudar del discurso dominante.

Antes que nada, habría mucho que discutir sobre cuál es el discurso dominante, porque a día de hoy es dudoso que lo sea el de las industrias culturales en lugar del de las industrias de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Alguna capacidad de influencia deben de tener estas últimas cuando entre muchos internautas ha arraigado la convicción de que sus intereses como usuarios de Internet sólo pueden quedar salvaguardados a costa de los de los autores y demás titulares de propiedad intelectual.

Por otro lado, aunque fuera cierto que AMM escribe en nombre de determinados intereses particulares, no se ve qué inconveniente hay en hacerlo pues no parece que sea ilegítimo defender lo que es de uno. Tanto peor es presentarse como abanderado de los intereses generales cuando con ello tal vez se esté sirviendo a los intereses de un sector tan poco necesitado de defensa como es el de las industrias de las TIC. En general, debe desconfiarse de quien dice no perseguir ningún interés particular, o acusa a otros de hacerlo; pues es difícil evitar que las opiniones en esta materia, aunque sea de manera indirecta, favorezcan unos intereses

particulares en detrimento de otros de igual signo.

La contraposición entre intereses particulares de los autores e intereses generales de la sociedad, como si el respeto a la propiedad intelectual fuese siempre en detrimento de estos últimos, es falsa. El equilibrio entre unos y otros intereses está captado por la legislación sobre propiedad intelectual, la cual, como toda propiedad privada —ya se ha dicho *supra*— está llamada a cumplir una función social. En su caso, dicha función social se traduce en el sometimiento a una duración legal máxima y a unos poderosos límites que favorecen un buen número de usos libres, susceptibles de ser realizados sin permiso del titular. Se puede discutir si el equilibrio entre intereses colectivos e individuales está bien captado por la Ley, pero no es de recibo presentar la propiedad intelectual como una propiedad absoluta cuya regulación legal no tiene en cuenta los intereses generales.

A lo anterior debe añadirse que la legislación de propiedad intelectual ha conocido ya una notable puesta al día a fin de adaptarla a las exigencias de las nuevas tecnologías. No es cierto por tanto que se trate de una legislación obsoleta, sino que debe considerarse una legislación relativamente moderna; lo cual no es óbice para que puedan proponerse nuevas actualizaciones o mejoras, pues sin duda es posible refinar aún más la regulación de la propiedad intelectual en la sociedad de la información. Lo que sobran en este momento son críticas acérrimas que no aportan nada a la labor de construir esa nueva regulación, y lo que faltan son propuestas constructivas y concretas que ayuden a conseguir ese objetivo.

### B. LOS DERECHOS DE AUTOR: CONQUISTA RECIENTE

Hay una afirmación que JCRI realiza aparentemente de pasada pero en la que vale la pena detenerse, siquiera sea porque se oye con bastante frecuencia en ciertos medios. Es la relativa a que los derechos de autor “no existen desde toda la vida, sino desde que, como

consecuencia de la aparición de una nueva tecnología (la invención de la imprenta) se empezó a legislar sobre esa materia”. “Antes de eso —añade— los creadores ya existían pero no contaban con ese privilegio”.

Llama la atención para empezar el término de referencia utilizado pues, aunque se trate de una frase hecha (“desde toda la vida”), resulta poco afortunada en este caso, si se repara en que la aparición de la imprenta en Europa se suele datar hacia 1450. Por consiguiente, debe considerarse muy estimable que sobre una determinada materia se haya comenzado a legislar nada menos que hace cinco siglos y medio, periodo que sorprendentemente a JCRI le parece corto. En cualquier caso, la relativa novedad de una regulación legal —que en este caso no se da, a menos que entendamos como novedosa toda institución que no hunda sus raíces en el Derecho romano— es un argumento de poco peso, pues es sabido que una gran cantidad de instituciones jurídicas proviene de conquistas políticas y sociales que han tenido lugar en las últimas centurias o incluso décadas. Antes del advenimiento del Nuevo Régimen no existía un reconocimiento formal de derechos individuales tales como la libertad de expresión, la libertad de asociación o el derecho al voto. Hay que esperar a 1948 para que la ONU proclame a nivel universal una Declaración de los derechos humanos. Los derechos llamados “de tercera generación” (derechos de los consumidores, derecho a la protección del medio ambiente) se han incorporado a los ordenamientos de los países más avanzados en el transcurso del último cuarto del siglo XX. ¿Debemos poner también bajo sospecha a todas estas instituciones, reconocidas a nivel jurídico mucho más tardíamente que los derechos de autor, sólo por su escasa solera? JCRI debería saber que, si por algo se caracterizan los derechos individuales que en la actualidad reconocen los textos constitucionales de los países más avanzados, es por no haber sido reconocidos “desde toda la vida”. Conforme a una concepción progresista de la historia y del transitar del ser humano a través de ella, el hecho de que determinada figura ju-

rídica haya obtenido reconocimiento en una época reciente debería ser la mejor garantía de que tras ella no late el intento de perpetuar un antiguo privilegio.

En cuanto a la utilización del término “privilegio” para designar la propiedad de los autores sobre sus obras, JCRI no podía haber empleado otro menos apropiado. Ciertamente, tras la invención de la imprenta, no surgieron de inmediato los derechos de autor tal y como ahora los conocemos, sino que el instrumento de protección adoptó la forma de *privilegios de impresión*, los cuales eran concedidos por el príncipe o soberano de turno a los impresores o editores por un cierto número de años. Sólo tras la superación del Antiguo Régimen aparecerá el reconocimiento de un derecho individual, a modo de una propiedad, a favor de los autores. A partir de ese momento, la protección de las obras deja de canalizarse a través de privilegios para pasar a hacerlo a través de derechos, que son justamente lo contrario de aquéllos. Por consiguiente, emplear hoy en día el término “privilegio” para referirse a los derechos de autor sólo puede explicarse por dos razones: (a) una profunda ignorancia de las categorías jurídicas; (b) una actitud tendenciosa dirigida a describir el derecho de autor de tal modo que resulte más odioso o rechazable.

### C. EL ADALID DEL SOFTWARE LIBRE

JCRI pone como muestra de su conocimiento de la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías el hecho de que impusiera en los centros escolares de su región el *software* libre, sufriendo por ello “la incomprensión y la denuncia del mismísimo Bill Gates”, cuya actitud no duda en comparar con la de AMM. La expresión *software* libre es ambigua, como lo es su correspondiente inglés “*free software*”. Este término puede tener al menos tres significados: (i) *software* gratuito; (ii) *software* que otorga al usuario libertad para usarlo, distribuirlo y modificarlo; (iii) *software* de código abierto. Ninguno de estos tres tipos de *software* tiene por qué reunir necesariamente las características de los otros dos, y todos ellos son por lo

demás compatibles con la protección brindada por la propiedad intelectual.

La distribución gratuita de *software* en nada contradice dicha protección, pues ningún inconveniente hay, desde el punto de vista de la protección de los derechos de autor, en que todos o parte de los ejemplares de una obra se distribuyan al por menor de forma gratuita. El autor puede estar conforme con esa forma de distribución y renunciar a percibir una contraprestación por la explotación de su obra (el artículo 46 LPI no parte de la premisa de que la cesión de derechos de autor deba ser onerosa), o bien puede haber percibido su retribución a tanto alzado por elaborar el programa, siéndole indiferente cómo lo distribuya a posteriori su cesionario.

Tampoco resulta contradictorio con la protección de los programas de ordenador por el derecho de autor, el hecho de que se conceda al usuario del programa un abanico más o menos amplio de facultades para usar y ejecutar el programa, copiarlo, estudiarlo, distribuirlo, modificarlo y distribuir las modificaciones por él introducidas. De hecho, algunas de esas acciones son normalmente permitidas por las licencias de uso que acompañan a los programas distribuidos comercialmente, e incluso se configuran en los textos legales como límites a los derechos, precisamente al objeto de que tales licencias no puedan excluirlas. Así, los tres primeros apartados del artículo 100 LPI establecen la necesidad de que al usuario legítimo de un programa de ordenador no se le impida: (a) reproducir, e incluso transformar el programa, incluida la corrección de errores, cuando ello sea necesario para utilizarlo; (b) realizar una copia de seguridad; (c) estudiar su funcionamiento a fin de determinar las ideas y principios en los que se basa. El artículo 100.4 LPI dispone incluso que, salvo pacto en contrario, el cesionario de los derechos de explotación sobre un programa está facultado para realizar versiones sucesivas del programa y programas derivados.

En cuanto al *software* de código abierto, o de fuente abierta, se apoya en una filosofía de programación consistente en desvelar el código

del programa para facilitar la realización de versiones derivadas a partir de él u otros programas informáticos que interactúen más fácilmente con él, pero no envuelve una renuncia a los derechos de autor sobre los programas de ordenador creados bajo esas consignas, ni desde luego va necesariamente ligado a una comercialización gratuita de los programas, debiendo más bien relacionarse con cuestiones de libre competencia que con cuestiones de derecho de autor. Una prueba de que la protección por el derecho de autor no está reñida con la apertura del código interno de los programas de ordenador es que el artículo 100.5 LPI permite reproducir y traducir dicho código —lo que se conoce como descompilación— a fin de obtener la información necesaria para lograr que un programa pueda interoperar con otro creado de forma independiente.

Sea como fuere, es claro que los creadores de *software* libre, si lo entendemos tanto en un sentido como en otro, aceptan voluntariamente distribuir el programa en esas condiciones, por lo que ser partidario de esta clase de *software* no tiene por qué conllevar una posición beligerante frente a los autores que desean hacer valer sus derechos exclusivos de propiedad intelectual sometiendo a autorización la explotación de sus obras. El sistema jurídico no debe favorecer unas u otras fórmulas de creación y comercialización, sino que ha de dar cabida tanto a los que deciden explotar sus obras bajo licencia y mediante precio como a los que prefieren optar por fórmulas de diseminación libre y/o gratuita. Por otro lado, decantarse por el empleo de *software* libre en el seno de la Administración pública es una cosa, y otra muy distinta propugnar su generalización a otros ámbitos o la extrapolación de su filosofía a toda clase de obras.

#### D. OTRA VEZ EL ESTADO

Frente al modelo que defiende AMM, y que le serviría —según su antagonista— para asegurar su *modus vivendi* para él y para su descendencia durante los próximos setenta años, JCRI vuelve a enarbolar la propuesta que ya

lanzara en el artículo I: que el Estado se comprometa a mantener la actividad creadora de nuestro país “al estilo de lo que se hace en la producción cinematográfica, sin que nadie —asegura JCRI— se haya rasgado las vestiduras”. No se alcanza a entender por qué debería preferirse que los autores perciban su retribución a través de un sistema de subvenciones públicas, en lugar de que sea el mercado el que les asigne o no un retorno económico por su actividad, en función —como ocurre con el resto de bienes y servicios— del nivel de aceptación que la obra en cuestión merezca entre el público al que va destinada.

Pero, por encima de otras objeciones que pudieran formularse, prevalece una, y es que una creación subvencionada con dinero público es, por definición, una creación menos libre, ya que estará dirigida u orquestada desde las instancias políticas y, por eso mismo, será presumiblemente menos crítica y más sumisa hacia el gobernante de turno, de quien en última instancia dependerá el sustento económico del autor

Sorprende sobremanera que ésta sea la fórmula de incentivar la creación surgida de esa labor de repensar el derecho de autor que propone JCRI, pues más que un avance parece un retroceso hacia modelos de producción intelectual estatalmente planificados, en los que los contenidos de las obras son sometidos a fiscalización a fin de decidir si se favorece o no a sus autores, los cuales son discriminados en función de afinidades ideológicas o personales. No parece que en el siglo XXI, en un país avanzado, deba ser el Estado el que remunere de forma directa a los autores, convirtiéndolos en una suerte de creadores públicos a sueldo y privándoles de la posibilidad de patrimonializar sus creaciones, explotarlas de manera autónoma y percibir unos *royalties* a cambio de dicha explotación.

## E. SUPERANDO LA EXPLOTACIÓN BASADA EN EL SOPORTE FÍSICO

Considera JCRI que, ante la llegada de las nuevas tecnologías, el derecho de autor debe

ser reformulado, y señala en particular la inutilidad de un concepto del mismo “basado en el uso de un soporte”. Se trata de una consideración en alguna medida pertinente, pues es cierto que algunas de las formas tradicionales de explotación de los bienes intelectuales basadas en la reproducción y distribución de ejemplares físicos, han cedido el paso a otras nuevas caracterizadas por su naturaleza intangible, consistentes fundamentalmente en la puesta a disposición del público de los contenidos en una red que permite el disfrute interactivo de los mismos. Sin embargo, hay que apresurarse a puntualizar que ni todas las formas tradicionales de explotación de las creaciones intelectuales son de naturaleza tangible, ni la regulación de la propiedad intelectual es tan rígida que no se pueda adaptar a las formas de explotación de carácter incorporeal.

Para empezar, el artículo 10 LPI ya admite que la obra esté expresada en un soporte tangible o intangible, rasgo que dicho precepto considera indiferente de cara a obtener la protección por el derecho de autor. Por otra parte, frente a los derechos de reproducción y distribución, nuestra Ley —como otras muchas— reconoce el derecho de comunicación pública, modalidad de explotación que prescinde de la diseminación de ejemplares de la obra entre el público. Más en concreto, entre el catálogo de formas de comunicación pública se encuentra la “puesta a disposición del público”, variante que se define como la comunicación pública interactiva de una obra de tal forma que el público pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que elija (artículo 20.2.i) y concordantes LPI). De este modo, no cabe decir que en ordenamientos como el español la regulación legal de la propiedad intelectual no capta la evolución que se ha producido en lo tocante a las formas de comercialización de las obras intelectuales. Por lo mismo, la defensa de los derechos de autor, como la que pueda haber hecho AMM en el artículo II, en modo alguno significa —como en cambio sostiene JCRI, calificándola de paso como “disparate”— “pretender seguir disfrutando de los derechos de autor basado en el soporte”. Puesto que siem-

pre, y hoy tal vez más que nunca, la propiedad intelectual ha envuelto tanto la explotación a través de soportes tangibles como la explotación incorporal por vía de comunicación pública, la reivindicación de los derechos de los creadores no representa sólo la defensa de la primera de esas facetas, o de los modelos de negocio basados en la distribución de ejemplares tangibles.

La acusación de que existe un determinado número de creadores que conforman un *lobby* dirigido a “seguir disfrutando de unos derechos basados en la cultura analógica, ignorando los efectos que la digitalización está produciendo”, carece del más mínimo fundamento, pues en la actualidad ningún creador sensato se plantea mantener su obra al margen de los circuitos de explotación digitales. Es más, los autores constituyen uno de los grupos de población probablemente más familiarizado con las nuevas tecnologías y más proclive a servirse de las ventajas que la digitalización ofrece. Lo mismo vale para las industrias culturales, por más que esa adaptación haya podido ir en algunos casos —v. gr. en el sector discográfico— a un ritmo más lento del deseable

Dice JCRI que “es posible que los intereses económicos de ese *lobby* [se refiere al de los creadores] se vean dañados como consecuencia de la digitalización”, pero debería agregar que tales daños no están justificados cuando tienen su origen en conductas vulneradoras de derechos ajenos. Ningún inconveniente hay en que, dentro del respeto a los derechos de propiedad y a las reglas de la libre competencia, unos agentes del mercado se vean desplazados por otros (ello no representa un “daño” en sentido técnico-jurídico). Si la evolución tecnológica demanda cambios en la forma de comercializar ciertos productos, no cabe duda de que quienes no logren adaptarse a tiempo serán expulsados del mercado y sustituidos por los que reaccionen de manera más ágil, y nada hay que objetar si, como consecuencia de esa lentitud adaptativa, las cuentas de resultados de determinadas empresas arrojan pérdidas en lugar de beneficios, pues no se trata de asegu-

rar a ultranza los beneficios de unas empresas en detrimento de los de otras.

El análisis cambia cuando determinados agentes del mercado no actúan con respeto a los derechos de otros o a las reglas de la libre competencia. Si en lugar de diseminar por Internet una grabación musical previamente producida por él, un sujeto se sirve de la grabación musical producida por otro, aquél tiene la posibilidad de hacerlo de forma gratuita sin sufrir por ello una merma patrimonial, cosa que no puede hacer el segundo. El paisaje cotidiano de la explotación de bienes intelectuales en Internet nos ofrece la imagen de cientos de miles de internautas haciendo precisamente eso: diseminar gratis productos ajenos, sin asumir ningún coste y compitiendo con los propios productores por vía de ofrecer sin contraprestación alguna lo que estos últimos han generado con sus inversiones.

Cuando JCRI y otros pintan el panorama de Internet tienden a centrar la atención únicamente en la conducta, claramente minoritaria, de aquellos usuarios que emplean la red para difundir sus propios contenidos intelectuales —los creados y/o producidos por ellos—, conducta que no sólo no es objetable, sino que resulta digna de ser encomiada y alentada, como factor saludable para la creación cultural. Obviamente no es esa la clase de comportamientos frente a los que se muestran recelosos los sujetos a los que JCRI inscribe en el *lobby* de las industrias culturales.

Por el contrario, la realidad demuestra que lo que circula masivamente por la red no son precisamente las creaciones *amateur* de autores noveles a los que Internet ha dado una oportunidad frente a las figuras del *establishment*, sino las realizaciones de músicos, artistas y compañías profesionales que han dedicado a ellas grandes esfuerzos creativos y empresariales, los cuales se ven frustrados a causa de los numerosos usos ilícitos de que son objeto. Por eso, no obstante apreciar que Internet ha traído consigo una revitalización de la creación intelectual merced a nuevas aplicaciones, como los blogs o las redes sociales, no puede dejar de observarse la gran penetración y mucho

mayor alcance de aquellas aplicaciones que sirven para descargar o intercambiar videojuegos, canciones, películas y en general creaciones y producciones ajenas, sin el menor respeto a los derechos sobre las mismas.

En otro orden de cosas, considera JCRI que antes del advenimiento de Internet la publicación de un libro, la grabación de una pieza musical o la filmación de una película eran actividades al alcance únicamente de unos pocos elegidos, como si existiera algún tipo de restricción por razón de la persona o grupo social. Evidentemente no es así, el acceso a esas actividades se franqueaba a los individuos talentosos, en cuya labor intelectual estuviesen dispuestos a arriesgar su dinero un productor de cine, un editor o una casa discográfica. Y es que, si bien todo intento creativo es digno de respeto desde el punto de vista personal, no es en cambio susceptible de generar ganancias desde el punto de vista comercial. De ahí que la barrera de acceso a esas actividades viniera dada —y siga haciéndolo— por la calidad y el talento, factores éstos que dan la pauta a los inversores que las respaldan. Internet ha propiciado que millones de personas autoediten y difundan su canción, su libro o su película, pero no garantiza nada más; no hay mayores posibilidades de que determinadas creaciones intelectuales tengan más éxito dentro de la red que fuera de ella. De hecho, en la mayoría de esos casos Internet no pasa de ser un gran cajón colectivo en el que duermen muchas creaciones que nadie consulta, descarga ni disfruta. En otras palabras, Internet no ha universalizado el talento creativo, lo que por otra parte habría sido una gran sorpresa que ocurriera. A lo sumo, ha igualado el grado de difusión de todas las creaciones intelectuales, caseras y profesionales, talentosas y prescindibles.

## F. SUPERANDO LA EXPLOTACIÓN MEDIANTE INTERMEDIARIOS

Resalta JCRI otra virtud de las nuevas vías de comercialización de la era Internet y es que propician que las obras vayan del autor al consumidor sin pasar por ningún intermediario,

lo que evita que el producto final se encarezca como ocurría en el anterior modelo basado en el soporte tangible. El diagnóstico es correcto, y de hecho ese ahorro de costes en la cadena de distribución —unido a la atomización de las unidades de consumo que Internet hace posible—, que da pie a comercializar ciertos contenidos a un precio menor que en el mercado de la distribución física, representa una oportunidad que muchos titulares de derechos de propiedad intelectual han aprovechado, como lo recuerda el propio JCRI al aludir al caso de la tienda musical virtual de Apple (algo que por cierto olvidó hacer en el artículo I). En otros casos lo comercializado son productos de nueva creación, generados por autores noveles que acceden directamente al mercado de Internet, sin haber pasado antes por el de la distribución de soportes tangibles.

Es posible que los márgenes de ganancia que queden para el autor con arreglo a los canales de distribución tradicionales se aproximen al cinco por ciento, tal y como dice JCRI. Aunque pueda parecer exíguo, tal porcentaje puede arrojar un resultado muy abultado si la base sobre la que se proyecta es lo bastante elevada, un resultado sin duda superior al que se desprendería de aplicar una tasa más alta a un volumen menor de ingresos de explotación. Las grandes editoriales y productoras son capaces de efectuar cuantiosas inversiones en la promoción de sus productos, lo que permite obtener unos ingresos de explotación superiores a los que lograría un autor que confiara la comercialización de su obra a sus solas fuerzas. Y si el éxito comercial de una obra se debe en gran medida a la promoción y publicidad realizada en torno a ella, parece lógico que la casa editorial o la productora concedan al autor un porcentaje menos elevado que si la obra se ha comercializado con escasa inversión por su parte.

Debemos insistir, por otro lado, en que muchos modelos de negocio en Internet se basan en el desconocimiento de los derechos de autor sobre las obras explotadas. En tales casos no cabe duda de que el consumidor final abona un precio mucho más asequible cuando no

inexistente, pero la razón de esa baratura no se halla en la eliminación o reducción de intermediarios propiciada por Internet, sino en la falta de respeto de los derechos de los titulares y en la consiguiente omisión del pago de una retribución a favor de éstos. Es obvio que esos modelos de negocio sustentados en la infracción masiva de derechos de autor, por muy modernos que resulten y por mucho que se adapten a las exigencias de los internautas, no pueden ser la alternativa que preconiza JCRI *al mercado basado en el soporte*.

A lo anterior hay que añadir que también en Internet hay intermediarios, aunque éstos no se vean o su presencia sea más sutil que la de los intermediarios en el mercado de la distribución de soportes tangibles. Me refiero a los proveedores de servicios de Internet, tales como los de acceso a la red, alojamiento de datos y enlaces a contenidos puestos en la red. Todos ellos intermedian entre el prestador del servicio original y los miembros del público, y si bien no añaden un valor que repercuta sobre el precio del producto final como ocurre en las cadenas de comercialización *off-line*, perciben ingresos por sus servicios, bien facturando por ellos directamente al internauta y/o a los proveedores de contenidos, bien recurriendo a métodos indirectos de obtención de ganancias, como la publicidad.

## G. INDUSTRIAS CULTURALES VERSUS INDUSTRIAS DE LAS TIC

El compromiso entre la socialización de la cultura y el favorecimiento de la actividad del creador está plasmado en la LPI, y el discurso acerca del cambio de paradigma y de la comercialización exenta de soportes tangibles nada aporta a ese compromiso. No es creíble pensar que en los países avanzados la difusión de la cultura no está garantizada, con independencia de que haya más o menos compañías de música o de cine que se hayan decidido a comercializar sus productos en Internet prescindiendo de la distribución física. Debe evitarse incurrir en una mitificación de Internet, como si lo que pase fuera de la red no existiera y el hecho de

que parte de la cultura se siga propagando mediante canales más o menos tradicionales no sirviera para asegurar el acceso a la cultura por parte de los ciudadanos.

Se diría, en otro orden de cosas, que a JCRI le molesta que la industria cultural obtenga ingresos, y aún más parece que le incomoda que la industria cultural obtenga ingresos en posible detrimento de los intereses de las industrias de las TIC (“lo que ya es mucho menos importante es garantizar los ingresos de una industria cultural, y menos si sus intereses se contraponen con otra industria, que es la tecnológica y de la sociedad de la información”). Esta reflexión obliga a hacer diversas puntualizaciones.

Primera, cuando se habla de industrias “de la sociedad de la información”, como hace JCRI, se olvida que las que mejor encajan en ese concepto son realmente las industrias culturales, porque la información que viaja por las redes y se comunica entre los usuarios no es, en su mayor parte, información en bruto sino información organizada expresivamente por un autor y comercializada en un determinado formato por un editor o un productor.

Segunda, a día de hoy, las circunstancias indican que son las industrias de las TIC las que están obteniendo ingresos a costa de la industria cultural. A nadie escapa que muchos usuarios adquieren un servicio de acceso a Internet mediante banda ancha, gracias al cual se descargan e intercambian numerosos contenidos intelectuales que han sido puestos en la red sin respetar los derechos de propiedad intelectual, pero a las compañías suministradoras de ese servicio les resulta indiferente qué suceda con estos derechos mientras ellas tengan asegurado un tráfico lo bastante intenso, y con él unos copiosos beneficios.

En tercer lugar, no se entiende por qué habría de preferirse un sector industrial al otro: ambos deben cohabitar y tener la posibilidad de obtener sus respectivos beneficios, sin que el apogeo de una industria tenga que significar el declive de la otra. Ambas se necesitan, porque la información sin redes no puede viajar a la

velocidad que hoy se demanda, pero las redes servirían para poco si no hubiese contenidos intelectuales que circularan por ellas. La contraposición que JCRI realiza entre industrias culturales e industrias de las TIC, como si los intereses de unas fuesen incompatibles con los de las otras, alimenta la falsa especie, propagada entre los internautas, de que el respeto a los derechos de autor en Internet sólo se puede lograr a costa de los intereses de los usuarios de la red, y que aquellos derechos constituyen poco menos que un privilegio de unas cuantas multinacionales que no quieren adaptarse al nuevo entorno y que reclaman exigencias inaceptables que darían al traste con el desarrollo de las TIC.

En último extremo, resulta inexplicable por qué JCRI, y tantos otros como él, ven con tan buenos ojos a las industrias de las TIC y con tan malos a las industrias culturales, pues es evidente que aquéllas persiguen obtener un beneficio particular tan egoísta y poco social como pueda serlo el de las segundas.

## H. EPÍLOGO

JCRI dedica sus últimas palabras a ironizar sobre la herencia de AMM, a quien acusa de haberse convertido en “vocero” del *lobby* cultural. Dice JCRI que AMM debe de estar irritado por saber que parte de su herencia, “con lo que está pasando, se le pueda ir por el sumidero”, y ya antes había dicho que “la ira” de AMM seguramente se debía a que alguien se había atrevido a cuestionar su *modus vivendi*, que ya tenía programado para él y para los suyos para los próximos setenta años.

Naturalmente, no se trata de si AMM tiene planeado aprovechar su propiedad durante el plazo que la ley contempla, sino de que todo propietario está legitimado para esperar obtener de su propiedad las utilidades que conforme a Derecho le correspondan, sin que por ello deba convertirse en objeto de la burla ajena. Por la misma razón podría ironizarse so-

bre los banqueros u otros empresarios, quienes a buen seguro esperan continuar disfrutando del patrimonio que han logrado acumular, o sobre que los titulares de bienes inmuebles se hagan la ilusión de disfrutar de ellos e incluso de transmitírselos a sus herederos cuando fallezcan; todo lo cual es una obviedad y tiene su fundamento en el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad privada y a la herencia. Puesto que por el momento no hay modo de sortear virtualmente la propiedad inmueble o la propiedad sobre el dinero, o a quien lo hace (v. gr. atacantes cibernéticos de cuentas bancarias) se le impone una sanción penal de considerables proporciones, JCRI no puede augurar a los propietarios de bienes materiales que sus días están contados con el advenimiento de las nuevas tecnologías. Sí se siente capaz en cambio de vaticinar el fin del *modus vivendi* de AMM y de otros tantos autores, y parece que hasta emplea cierto regocijo en hacerlo.

A todo hombre de progreso y amante de las letras debería entristecerle pensar que Internet puede convertirse en el fin de las expectativas de vida de AMM y los suyos, ya que eso significará que AMM tendrá que dedicarse a otra cosa en lugar de a escribir novelas, para lo que ha demostrado estar especialmente dotado. Quizás se dedique a vender pasteles, o a barrer el parque público en cuyo banco se sienta JCRI. Quizás a AMM, si se cumplen los alegres vaticinios de JCRI, no le suceda otro escritor como él en la siguiente generación, porque en un contexto tecnológico en el que los contenidos intelectuales circulan por la red sin control de sus titulares, mientras los próceres amantes de las nuevas tecnologías se limitan a cantar las virtudes de Internet omitiendo denunciar ninguno de sus males, a nadie le quedarán ganas de dedicar diez mil horas de su vida a escribir una novela. Confío en que no sea ése el escenario al que finalmente nos conduzca el desbocado desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación.

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2011

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011





# TEMAS DE HOY

La reforma de la ley concursal

*Emilio Beltrán*

La prohibición del uso del *hiyab* en los centros escolares públicos.

Análisis desde el Derecho constitucional español

*Rafael Naranjo de la Cruz*

En defensa de la jurisdicción constitucional: análisis del caso de “*Bil-du*”

*Tomás S. Vives Antón*

## RESUMEN

Este trabajo analiza críticamente la reforma de la Ley Concursal actualmente en curso. Se reconoce la necesidad de la reforma, derivada de las propias limitaciones de la Ley vigente, pero se considera insuficiente, por no afectar a algunas de las concepciones básicas del concurso necesitadas de reforma (tales como el presupuesto objetivo, los efectos del concurso sobre los contratos, la reintegración de la masa, la reordenación de privilegios o la calificación del concurso), por no dar una solución satisfactoria a la exigencia de un procedimiento alternativo, regulado pese a todo con el nombre de acuerdo de refinanciación, y por no admitir la exoneración de deudas del concursado persona física cuya insolvencia sea fortuita en caso de liquidación. Se valoran positivamente modificaciones concretas, que inciden en la administración concursal, en la responsabilidad de los administradores de sociedades, en la incentivación del convenio anticipado, en el desarrollo del procedimiento abreviado, en la anticipación de la liquidación y en la financiación de la empresa concursada.

## PALABRAS CLAVE

CONCURSO DE ACREEDORES, REFORMA, ACUERDO DE REFINANCIACIÓN, EXONERACIÓN DE DEUDAS

## ABSTRACT

This paper examines, from a critical perspective, the current reform of the Insolvency Law. It is recognized the need of the reform, derived from the limitations of the current law, but it is considered inadequate because of not affecting some of the basic conceptions of creditor's meeting. Specially, those needed of reform (such as the budget target, the effects of competition on the contracts, the reintegration of the mass, the reorganization of privileges or the qualification of the creditor's meeting). And they are considered so for not to give a satisfactory solution to the requirement of an alternative procedure, nevertheless regulated by the name of refinancing agreements. And also for not to admit the exemption of debts of the bankrupt person whose insolvency is fortuitous, in case of liquidation. Specific changes are positive, that affect the bankruptcy administration, the responsibility of corporate managers in the encouragement of early agreement on the development of summary proceedings in anticipation of the settlement and funding of the insolvent company.

## KEY WORDS

CREDITOR'S MEETING, REFORM, REFINANCING AGREEMENT, EXEMPTION OF DEBTS

# LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL\*

Emilio Beltrán

Catedrático de Derecho Mercantil CEU USP  
Consejero Académico DICTUM

**Sumario:** 1. Planteamiento: A. Los problemas de la Ley Concursal. B. La necesidad de una reforma de las concepciones básicas. C. La insuficiencia del D-L 3/2009. 2. La reforma de la ley concursal: A. El acuerdo de refinanciación. a) El problema. La necesidad de un procedimiento preventivo o alternativo al de concurso de acreedores. La insuficiencia del convenio anticipado. b) El acuerdo de refinanciación. B. El presupuesto objetivo del concurso de acreedores: a) El problema del presupuesto objetivo. b) El concurso sin masa. C. La *par conditio creditorum*. D. Las medidas concursales para aumentar el patrimonio deudor: a) La reintegración de la masa. b) La responsabilidad de los administradores: a) La responsabilidad por deudas. b) La responsabilidad por daños. c) La responsabilidad concursal. E. La eficiencia del concurso: a) La administración concursal. b) El procedimiento abreviado. c) Las soluciones de la crisis: a) El convenio anticipado. b) La anticipación de la liquidación. c) La modificación estructural de la sociedad en crisis. d) La adquisición de créditos concursales. e) La financiación de la empresa concursada.

## 1. PLANTEAMIENTO

### A. LOS PROBLEMAS DE LA LEY CONCURSAL

Las suspensiones de pagos y las quiebras —antes de la reforma aparentemente radical de 2003— y los concursos de acreedores —tras la Ley Concursal de 2003— son *procedimientos infrautilizados* respecto a otros países (a pesar del aumento del número de concursos que ha traído la crisis económica en los últimos años). La experiencia demuestra que deudores y acreedores acuden a “mecanismos alternativos” y —retrasan o— solucionan —antes y ahora— los problemas de satisfacción del crédito por la vía drástica de la desaparición de hecho de las empresas, que, evidentemente, más que una solución es un problema; a través de *acuerdos extrajudiciales* con acreedores (reconocidos solo a los efectos de su irrevocabilidad en la Ley Concursal tras la reforma de 2009); a través de créditos —públicos o privados— obtenidos a

veces en condiciones dudosas; mediante *reclamaciones de responsabilidad a los administradores* de sociedades mercantiles, y, en el mejor de los casos, mediante liquidaciones voluntarias, modificaciones estructurales o recapitalizaciones de las sociedades mercantiles en crisis.

Además, la Ley Concursal no ha conseguido que el concurso de acreedores cumpla de modo eficiente las funciones asignadas a este sector del ordenamiento. No ha conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, que es la razón de ser misma del concurso; no ha logrado reducir la duración y el coste del procedimiento, y no ha conseguido disminuir el número de procedimientos que terminan en liquidación, que era uno de los objetivos específicos de la Ley (menos del diez por ciento de los concursos se solucionan con un convenio y, en particular, fue clamoroso el fracaso del convenio anticipado), si bien no conviene olvidar que el concurso debe ser una institución neutral, que ayude a conservar

\* Nota del editor: este artículo ha superado la evaluación por pares.

empresas viables, pero que, al mismo tiempo, sirva para expulsar del mercado empresas inviables.

Parece, pues, claro que el problema no era la denostada legislación anterior, sino que era y es más profundo. La infrautilización del concurso de acreedores y el “fracaso” de la Ley Concursal revelan que existe un *problema de concepción del concurso*, que, probablemente, hunde sus raíces en un gravísimo *problema cultural*; de donde resulta que ni los deudores ni los acreedores encuentran suficientemente “atractivo” para la solución de la insolvencia el procedimiento legalmente establecido. Parece imprescindible un cambio de “cultura concursal” de todos los participantes (deudores, acreedores, abogados, economistas, auditores, procuradores, etc.), que debe ser apoyado —cuando no prociado— legislativamente<sup>1</sup>.

1. Por lo que se refiere al *deudor*, es preciso desterrar definitivamente la idea —muy extendida— de que el deudor acudirá al concurso con el ánimo de defraudar a los acreedores y también, en un sentido contrario, hacer desaparecer por completo el carácter infamante del concurso —igualmente extendido (el estigma)—. Se trata, pues, de “normalizar” el concurso de acreedores como institución destinada al tratamiento de las crisis empresariales, que no constituye un instrumento de fraude de las empresas ni tampoco la “muerte” del empresario.

2. Parece necesario intentar igualmente que los *acreedores*, en especial los públicos, asuman la solidaridad implícita en todo concurso y opten por la ejecución colectiva en lugar de hacerlo por la individual y renuncien a una parte de sus privilegios. Los agentes sociales deberán hacer un esfuerzo para desviar una parte de las crisis hacia Fondos (Fondo de Garantía Salarial, Consorcio de Compensación de Seguros, Fondos de Garantía de Depósitos). En esa falta de cultura concursal ocupan un lugar destacado las entidades de crédito (privadas y públicas), que, en ocasiones, en lugar de “obligar” a las empresas a concursar, para financiarlas dentro del concurso, optan por conceder créditos a empresas “en dificultades”,

sin planes de viabilidad adecuados, con el riesgo incluso de caer en la complicidad o en la posición de administrador de hecho. Mención especial merecen las *ayudas públicas* a empresas en crisis, que, en lugar de integrarse en el concurso, como una medida concursal más, tratan sistemáticamente de evitarlo.

3. Y hay que reclamar, en fin, moderación a todos los profesionales que intervienen en los concursos a fin de que se pueda transmitir a deudores y acreedores el mensaje de que el procedimiento concursal servirá para algo más que para satisfacer los costes del propio procedimiento.

## B. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA DE LAS CONCEPCIONES BÁSICAS

De acuerdo con esas consideraciones, parecía necesario realizar algunas modificaciones de la Ley Concursal relativas a sus concepciones básicas; es decir, que afectasen a sus *funciones* y que ayudasen a crear una “cultura concursal”, sobre la base siempre de hacer un procedimiento eficiente, que permitiese obtener algo a los acreedores ordinarios, y no obstaculizase, por sí mismo, la continuación de la empresa. Tales modificaciones pueden reconducirse a cinco<sup>2</sup>:

1º. La necesidad de un **procedimiento alternativo** al inevitablemente lento y costoso procedimiento único de concurso de acreedores.

2º. La anticipación y el abaratamiento de la iniciación del concurso, íntimamente unida al clásico problema del **presupuesto objetivo**.

3º. La profundización en la *par conditio creditorum*, incentivando la ejecución colectiva sobre la individual y reordenando —de nuevo— la graduación de créditos, en beneficio de los acreedores ordinarios, verdaderos destinatarios del concurso, y, especialmente, reduciendo —de verdad— los privilegios.

4º. La maximización del **patrimonio concursal**, sobre la base de una adecuada **reintegración de la masa activa** y de la **responsabilidad de los administradores**.

5º. La mejora de la **eficiencia del concurso**, a través sobre todo de la **reducción de los costes** temporales y económicos del procedimiento y de la **financiación de la empresa en crisis**.

Sin esas medidas, hay que empezar a dudar seriamente de la conveniencia de mantener un derecho concursal que ha puesto de manifiesto reiteradamente su ineficiencia.

### C. LA INSUFICIENCIA DEL D-L 3/2009

La Ley Concursal fue ya reformada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE 31 de marzo), que, entre esos objetivos mencionados, solo persiguió el de la reducción de costes. La Exposición de Motivos del Decreto-Ley justificó la reforma en la circunstancia de que “la vigente ley se dictó en el año 2003 en un entorno económico completamente distinto al actual, y no ha sido hasta que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones”. La afirmación no era exacta, en la medida en que muchas de las modificaciones realizadas habían sido sugeridas antes incluso de la promulgación de la Ley<sup>3</sup> y, desde luego, “solicitadas” en las numerosas resoluciones judiciales dictadas desde su entrada en vigor y en la literatura generada por la reforma de la legislación concursal. La propia Exposición de Motivos “confesaba” inmediatamente después la verdadera finalidad principal de la reforma: “Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-Ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos”<sup>4</sup>.

El Decreto-Ley no solucionó los problemas que pretendía resolver<sup>5</sup> y agravó algunos de los problemas ya existentes:

1º. El Decreto-Ley *no creó un procedimiento alternativo* al de concurso de acreedores. Se limitó a admitir, a modo de escudo para los acreedores financieros, el denominado “acuerdo de refinanciación”, que establecía que las refinanciaciones —incluso concedidas sin un plan serio de viabilidad— y los actos de ella derivados fuesen inatacables, en caso de declaración ulterior de concurso (es decir, en caso de fracaso), por la vía de la acción rescisoria concursal (disp. ad. 4ª LC).

2º. El Decreto-Ley no solo *no persiguió la anticipación y el abaratamiento* de la apertura del concurso. Antes al contrario, concedió a los deudores insolventes una “*prórroga*” de hasta cuatro meses para la solicitud de concurso, con el único requisito de que presentaran al juzgado una comunicación de que estaban negociando con sus acreedores un convenio anticipado (art. 5.3 LC), que la práctica no solo aceptó inmediatamente, sino que convirtió, inevitablemente, en lo que se ha dado en llamar “preconcurso”, en unión de negociaciones para obtener un acuerdo de refinanciación. En este caso, pues, el escudo se ofreció a los deudores insolventes, que, durante un período importante de tiempo podían impedir la declaración de concurso necesario, ya de por sí muy difícil de obtener salvo que la insolvencia del deudor sea manifiesta.

3º. El Decreto-Ley no profundizó en la *par conditio creditorum*. Ni incentivó la ejecución colectiva sobre la individual ni reordenó la graduación de créditos en beneficio de los acreedores ordinarios.

4º. El Decreto-Ley no se preocupó de *maximizar el patrimonio concursal*: aumentaron los supuestos de irrevocabilidad y no se modificó el muy confuso sistema de responsabilidad de los administradores.

5º. El Decreto-Ley tan solo consideró como finalidad específica la *reducción de los costes temporales y económicos* del concurso, pero lo hizo a través de un estrambótico procedimiento de

“liquidación anticipada” (art. 142 bis), de un poco meditado cambio de rumbo en el procedimiento abreviado —el ámbito de aplicación cuantitativo pasó de uno a diez millones de euros de pasivo—, y a través de alguna otra medida técnica de dudosa utilidad.

En síntesis, de los grandes problemas existentes, el Decreto-Ley 3/2009 se limitó a abordar la cuestión previa del convenio alternativo/preventivo desjudicializado, aunque de una forma muy rudimentaria, mediante una regulación —muy sesgada— de los *acuerdos de refinanciación*, y a enfrentarse, de forma tan peculiar como limitada, a uno de los graves problemas denunciados de concepción, el del coste —temporal y económico— del concurso. La reforma no sólo no se orientó a crear la necesaria “cultura concursal”, sino que, pese a la justificación aducida, mantenía los prejuicios de los poderes públicos y de otros protagonistas del concurso acerca de la conveniencia de utilizar el procedimiento legalmente previsto para el tratamiento de la insolvencia. Favorecía la financiación de la empresa en la fase preconcursal; pero no en la fase concursal: junto a la ya mencionada falta de modificación del presupuesto objetivo del concurso, que retrasa en exceso las declaraciones de concurso, llamó poderosamente la atención la conservación de la prohibición de voto de los adquirentes de créditos concursales (art. 122.1-2º LC), que dificulta el mercado de créditos concursales como solución digna y eficiente del concurso de acreedores, o la calificación como créditos contra la masa de los créditos contraídos durante el convenio fracasado, ya que la interpretación judicial dominante —que insiste en negarles la consideración de créditos contra la masa— dificulta la financiación de la empresa concursada. La mejor calificación que podía otorgarse a la reforma era la de *inarmónica*<sup>6</sup>: el Decreto-Ley no valoró todos los intereses concurrentes en un concurso de acreedores, sino que pensó exclusivamente en algunos acreedores prevalentes.

El propio Gobierno pareció confesarlo cuando, con ocasión de la convalidación del Decreto-Ley, el Ministro de Justicia anunció

una reforma más extensa y más intensa de la Ley. Se constituyó así, en el seno de la Comisión General de Codificación, una Sección Especial para la Reforma Concursal<sup>7</sup>, encargada, sobre la base de un “programa” elaborado por el Ministerio de Justicia, de proponer un texto que sirviera de base al Gobierno para la reforma. El texto fue “entregado” el 19 de mayo de 2010. La Sección trabajó exclusivamente sobre los siguientes temas: sobreendeudamiento del consumidor, simplificación del procedimiento, administración concursal, aspectos laborales, fase preconcursal, comunicación y reconocimiento de créditos, clasificación de créditos, convenio y liquidación, grupos de sociedades, la denominada “acción directa” y la responsabilidad de los administradores de sociedades.

Unos meses más tarde, se redactó el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal (publicado en la página web del Ministerio de Justicia con fecha 17 de diciembre de 2010), que, sin apenas modificaciones<sup>8</sup>, se convertiría en Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal de 23 de marzo de 2011 (publicado el 1 de abril de 2011 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales). En esos dos textos, se observan tres modificaciones fundamentales sobre el texto presentado por la Sección Especial:

1. Los acuerdos de refinanciación avanzan hacia un verdadero procedimiento concursal alternativo/preventivo, mediante la homologación judicial, la paralización de acciones, la imposición de las esperas acordadas a los acreedores financieros no firmantes y la concesión de preferencia a los refinanciadores en caso de declaración de concurso, si bien ese avance se realiza con una inexplicable falta de técnica jurídica y con muy importantes lagunas relativas sobre todo a la “seriedad” y a la publicidad del acuerdo.
2. El régimen de la administración concursal se modifica en puntos muy sensibles, dando entrada a la designación de sociedades y reforzando la exigencia de formación de los administradores concursales, aunque también se observan

importantes defectos de técnica jurídica en la formulación de las normas.

3. No se contempla la liberación de las deudas del deudor persona física de buena fe en caso de liquidación ni, en general, se establece norma alguna sobre el tratamiento del consumidor, a pesar de que constituía una reclamación muy extendida<sup>9</sup>.

## 2. LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

El análisis de la reforma de la Ley Concursal contenida en el Proyecto de Ley pasa necesariamente por una *selección* de temas, en la que no pueden faltar, por acción o por omisión, los que hemos calificado como *problemas* de la Ley Concursal. Así, habrá que referirse sucesivamente a la previsión de un procedimiento “alternativo” al de concurso de acreedores, cifrado en el *acuerdo de refinanciación*; al problema —sin resolver— del *presupuesto objetivo* del concurso; al —fallido— impulso de la *par conditio creditorum*; a la regulación de la reintegración de la masa —que no se modifica—, y de la responsabilidad de los administradores —que sí se modifica—, como instrumentos concursales especiales al servicio de la mayor satisfacción de los acreedores, y a la necesidad de aumentar la eficiencia del concurso<sup>10</sup>.

### A. EL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN

#### a) El problema. La necesidad de un procedimiento preventivo o alternativo al de concurso. La insuficiencia del convenio anticipado

La aplicación de la Ley Concursal puso de manifiesto de inmediato un inmenso vacío, denunciado ya antes de su entrada en vigor<sup>11</sup>: la falta de un *procedimiento concursal de carácter preventivo o alternativo* respecto del de concurso de acreedores, y, al menos parcialmente,

*desjudicializado*, que permitiera reducir drásticamente los costes temporales y económicos de la insolvencia y solucionar de una manera ágil y eficaz muchos de los problemas de los empresarios y prácticamente todas las insolvencias de los consumidores. Sorprende, además, que la Ley Concursal no incluyera esa figura, que se encontraba perfectamente diseñada, bajo el —equivoco— nombre de “suspensión de pagos”, en la “Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal” de 1995 redactada, por encargo de la Comisión General de Codificación, por el profesor Ángel Rojo.

La Ley Concursal fue consciente de ese inmenso vacío y trató de llenarlo, siquiera parcialmente, con el *convenio anticipado*, incorrectamente denominado *propuesta anticipada de convenio*, que, sin embargo, ha fracasado estrepitosamente. Con esa figura, se trataba de superponer la tramitación del convenio a la fase común del concurso, lo que permitiría resolver el concurso en menos tiempo. Sin embargo, esa posibilidad de anticipar la solución del concurso no se extendió a todos los deudores, sino que se reservó a aquellos que cumplieran una serie de requisitos de “merecimiento” expresa y prolijamente enumerados (art. 105); de modo que, en definitiva, la sanción al deudor deshonesto recaía sobre los acreedores y se impedía la conservación de muchas empresas y de muchos puestos de trabajo. El Decreto-Ley de 2009 se limitó a suprimir algunas de esas prohibiciones, y a introducir una medida consistente en suspender el deber del deudor de solicitar el concurso cuando comunicara al juez la iniciación de negociaciones dirigidas a la conclusión de un convenio anticipado (art. 5.3), instrumento que se ha utilizado normalmente con la única finalidad de tratar de evitar la declaración de concurso.

Con la reforma en curso, se da un paso importante para incentivar el convenio anticipado: si el deudor consigue la aprobación de un convenio anticipado que no sea especialmente gravoso (quita inferior a un tercio y espera inferior a tres años), el concurso no será calificado (art. 167.1-II). Además, esa opción tiene el mérito de poner fin a la discriminación en

ese punto entre las dos soluciones del concurso de acreedores: el convenio y la liquidación. El concurso se calificará, cualquiera que sea su solución (convenio o liquidación), a menos que se alcance una solución convenida rápida y satisfactoria para los acreedores, algo que puede constituir un poderoso incentivo para una rápida solución del concurso y, por ende, para que los deudores anticipen sus solicitudes.

## b) El acuerdo de refinanciación

La mayor novedad del Decreto-Ley 3/2009 y, como subrayó su Exposición de Motivos, la primera razón de aquella reforma fue la previsión de los denominados “acuerdos de refinanciación”, que no se ubicaron en el articulado de la Ley Concursal, sino en una disposición adicional de la misma, la nueva disposición adicional cuarta, titulada, precisamente, “Acuerdos de refinanciación”. Sin embargo, el Decreto-Ley se limitó a regular un aspecto muy concreto —y simplemente patológico— de los acuerdos de refinanciación, el de la imposibilidad de que quedasen afectados, en determinadas condiciones, por la acción rescisoria concursal (art. 71.1), en el caso de fracaso del propio acuerdo. Llamaba poderosamente la atención que el acuerdo no paralizase las ejecuciones de los acreedores, que no se exigiese al deudor ningún requisito de merecimiento, lo que contrastaba con los requisitos exigidos a ese mismo deudor para presentar una propuesta anticipada de convenio (art. 105), y que no se estableciesen medidas que asegurasen la seriedad de los acuerdos y, en particular, la viabilidad de la empresa refinanciada.

Los acuerdos de refinanciación se definían como aquellos “alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas” y “que se enmarquen en un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor a corto y medio plazo”. Ni el propio acuerdo,

ni los negocios, actos y pagos realizados o garantías constituidas en ejecución del acuerdo estarán sujetos a la acción rescisoria concursal (*ex* art. 71.1) cuando el acuerdo cumpla los siguientes requisitos: Que haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor a la fecha de adopción; que haya sido informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor, y que se haya formalizado en instrumento público. Ese es el único efecto del acuerdo: nada impide la aplicación de una rescisoria general por fraude de acreedores y nada impide que el eventual concurso pueda ser calificado como culpable y que los financiadores sean considerados cómplices o incluso administradores de hecho.

Después de que el texto emanado de la Sección Especial para la reforma Concursal apenas contuviese modificaciones (la única relevante era que la comunicación de negociaciones enerva el deber del deudor de solicitar el concurso: art. 5 bis), el Anteproyecto de Ley de 16 de diciembre de 2010 y el Proyecto de Ley de 18 de marzo de 2011 avanzan hacia la previsión de un verdadero “concurso alternativo”, si bien los acuerdos de refinanciación se configuran de un modo muy extraño y, por ello, criticable.

A) Desde un punto de vista formal, en lugar de concentrar la materia (en lo que bien podría ser un nuevo título), se establecen hasta ocho normas diferentes desperdigadas a lo largo del texto<sup>12</sup>; algo que atenta contra la seguridad jurídica y que no tiene una explicación clara, si se considera que había algún ejemplo a seguir: el de la regulación de los denominados concursos conexos (concursos acumulados por haberse solicitado conjuntamente la declaración o por haberse instado la acumulación con posterioridad), que refunden varios preceptos de la Ley (arts. 3.5, 10.4 y 25) en un nuevo Capítulo III del Título I (arts. 25, 25 bis y 25 ter), a pesar de no contener novedades sustanciales<sup>13</sup>.

B) Desde un punto de vista material, se prevén en realidad *tres momentos distintos* con

efectos diferentes, lo que generará inseguridades entre los operadores:

a) la simple *comunicación* al juez de que se están iniciando negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, que enerva el deber del deudor de instar su concurso en caso de insolvencia (art. 5 bis);

b) la *conclusión de un acuerdo* de refinanciación en las condiciones ya señaladas en el Decreto-Ley 3/2009 y con el mismo único efecto, es decir, la irrevocabilidad concursal del acuerdo y de los actos de él derivados (art. 71.6), y

c) la *homologación judicial* de un acuerdo de refinanciación alcanzado con el setenta y cinco por ciento de los acreedores financieros, en cuyo caso pueden paralizarse las ejecuciones, la espera pactada se extiende a todos los acreedores financieros, y se concede a los refinanciadores una —rocambolésca— preferencia por las nuevas entradas de tesorería en caso de concurso: los créditos serán en su mitad contra la masa (art. 84.2-11º) y en su mitad (concur-sales) privilegiados con privilegio general (art. 91-6º).

C) Con todo, el principal problema de la regulación prevista es la ausencia de previsiones que aseguren la seriedad del acuerdo y que permitan, en consecuencia, hablar de un verdadero procedimiento concursal alternativo. Entre esas previsiones, que la reforma ignora, destacan la exigencia de una *convocatoria a los acreedores* que deba ser aportada al juez desde el primer momento; la fijación, durante la negociación, de *deberes* tanto del deudor (que habrá de limitar su actividad) como de los acreedores (deber de secreto, deber de asistencia a las reuniones y deber de abstenerse de realizar actos dirigidos a mejorar su posición); la obligatoriedad de que el *informe del experto* sobre la viabilidad de la empresa sea *favorable*; la posibilidad de que el juez declare de oficio el concurso en el caso de que no se presente el acuerdo en el plazo establecido, y una adecuada publicidad del acuerdo, que garantice la defensa de los derechos de los acreedores que no firmen el acuerdo.

## B. EL PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO DE ACREEDORES

### a) El problema del presupuesto objetivo

El diseño del presupuesto objetivo hace que el Derecho español sea manifiestamente ineficiente a la hora de conseguir la apertura del concurso de acreedores. La simple declaración de concurso de acreedores puede generar excesivos costes temporales y económicos, que dificultan el cumplimiento de las funciones que debe desempeñar: el coste de la declaración hace que disminuyan las posibilidades de satisfacción de los acreedores y de conservación de la empresa en crisis. La ineficiencia se produce tanto si la solicitud de concurso es realizada por el deudor como si es intentada por los acreedores

A) Por lo que se refiere al *concurso voluntario*, es decir, al concurso instado por el propio deudor, la Ley ofreció el estímulo tradicional de carácter negativo, consistente en imponerle el “deber” de instar su propio concurso (art. 5), cuyo incumplimiento permite presumir la existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia en caso de que se forme la sección de calificación (art. 165-1º), y añadió un incentivo positivo, a primera vista determinante: ni siquiera se formará la sección de calificación —y, por tanto, el concurso de acreedores no generará en sí mismo considerado sanciones para el deudor ni para los administradores de las sociedades— si llegase a aprobarse judicialmente un convenio de espera inferior a tres años o de quita inferior a la tercera parte. La decisión era en apariencia coherente con la función del concurso: no habrá sanción para aquel deudor que consiga un *acuerdo razonable* con los acreedores concursales ordinarios, lo que será tanto más factible cuanto antes se inste el propio concurso. Sin embargo, la reforma ha considerado, con razón, como ya vimos, que era mejor no discriminar en función de que la solución del concurso fuera el convenio o la liquidación, sino derivar esa discriminación hacia la rápida solución del concurso, de modo que el benefi-

cio de la no formación de la sección de calificación queda ahora reducido a los casos en que el acuerdo que no sea especialmente gravoso se obtenga a través de un *convenio anticipado* (v. art. 167.1).

En la misma dirección, la Ley Concursal permite al deudor solicitar la declaración de concurso cuando prevea razonablemente que no va a poder pagar regular y puntualmente sus deudas (*insolvencia inminente*). Sin embargo, se impone al deudor la carga de probar su endeudamiento y su estado de insolvencia (sea actual o sea inminente) lo que en ocasiones retrae a las empresas y puede negar una parte importante de la función del concurso de acreedores, cual es servir de cauce a las reestructuraciones empresariales. La decisión legislativa era tanto más sorprendente si se tiene en cuenta que se apartó, sin justificación, de la tradicional solución legislativa existente tanto para las suspensiones de pagos como para las quiebras. Parecía necesario, pues, *retornar a la eficacia confesoria de la solicitud de concurso del propio deudor*<sup>14</sup>, suprimiendo la necesidad de que el propio deudor tenga que probar su estado de insolvencia y su endeudamiento, algo que, además, ha generado muchos problemas prácticos y que parece partir del prejuicio de que los deudores instarán su concurso tratando de perjudicar a los acreedores<sup>15</sup>. Además, con esa modificación, desaparecería la razón de ser de la insolvencia inminente, que también ha generado multitud de problemas prácticos, y las dudas judiciales acerca de la exigencia de “irregularidad” en el cumplimiento de las obligaciones como determinante de la insolvencia. Sin embargo, la reforma concursal ha ido en la dirección contraria y no ha incidido en el presupuesto objetivo del concurso voluntario más que en el sentido de retrasar —*rectius*— suprimir el deber de solicitar la declaración de concurso cuando el deudor comunique que está negociando un acuerdo de refinanciación o un convenio anticipado con sus acreedores (art. 5 bis).

B) Respecto del *concurso necesario*, la valoración había de ser aún más negativa, hasta el punto de que parece claro que la Ley Concur-

sal no sólo no persiguió anticipar la declaración de concurso, sino que parece que hubiera querido retrasarla o impedirla, lo que afecta, además, al derecho del acreedor a la tutela de su crédito. La Ley no incidió en absoluto sobre el problema de la falta de información de los acreedores; apenas modificó el presupuesto objetivo fijado en el viejo Código de Comercio para las quiebras, estableciendo como “hechos presuntos reveladores” de la insolvencia hechos muy parecidos a los de la vieja legislación; no “penalizó” en grado suficiente la iniciación de ejecuciones individuales en situaciones de insolvencia con pluralidad de acreedores, y, además, imponía al acreedor las costas y los daños y perjuicios en el caso de que su solicitud no alcanzase el objetivo de la declaración. En esas condiciones el incentivo consistente en la atribución de privilegio al acreedor instante del concurso —ciertamente modesto— ha fracasado estrepitosamente<sup>16</sup>. Habría, pues, que modificar el presupuesto objetivo —del concurso necesario— en el sentido de *favorecer la prueba del estado de insolvencia por parte de los acreedores*. Existían dos líneas prelegislativas: la línea del Anteproyecto de 1983, que se basa en la prueba de la amenaza para la satisfacción del crédito, que exigiría un complicado análisis previo de la situación patrimonial y financiera del deudor, y la línea trazada en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, que se basa en lo que el acreedor conoce y no en lo que no conoce: al acreedor debe exigírsele sólo la prueba de que su crédito no ha sido satisfecho en un período razonable de tiempo a contar desde su vencimiento; y al deudor corresponderá, si efectivamente es solvente, evitar esa declaración pagando el crédito.

La única modificación relevante en la reforma es la relativa al hecho presunto revelador consistente en el embargo infructuoso. Este hecho, que ya se separaba de los demás (sobreseimiento general, embargos generalizados, alzamiento o liquidación apresurada de bienes y sobreseimientos sectoriales de obligaciones relevantes) en el artículo 2.4 de la Ley, se independiza completamente, de modo que la declaración de concurso se producirá en ese caso

automáticamente, sin perjuicio de que pueda ser recurrida (art. 15.1 LC). Por el contrario, cuando sea otro el hecho concurrente, el juez se limitará a admitir a trámite la solicitud, abriéndose el correspondiente trámite (art. 15.2).

## b) El concurso sin masa

Una de las consecuencias más evidentes del problema del presupuesto objetivo es la proliferación del denominado *concurso sin masa* o *concurso del concurso*, es decir, aquel supuesto en que la masa activa de un concurso no es capaz ni tan siquiera de satisfacer los costes que el propio concurso genera, que, lamentablemente se ha convertido en una tercera “solución” del concurso, junto a la liquidación y al convenio<sup>17</sup>, y que ha obligado, ahora sí, a un intenso esfuerzo de modificación de la Ley Concursal, reflejado fundamentalmente en la regulación detallada del procedimiento de conclusión del concurso por *insuficiencia de la masa activa* (art. 176 bis) y de los correspondiente efectos (art. 178). La cuestión sustantiva más relevante es la fijación de un orden de distribución de lo existente entre los acreedores de la masa que no hayan sido satisfechos (art. 176 bis.2), que la Ley Concursal no solucionó<sup>18</sup>, que es el siguiente: 1º. Créditos salariales anteriores a la declaración de concurso; 2º. Créditos salariales posteriores a la declaración de concurso; 3º. Créditos por alimentos; 4º. Créditos por costas y gastos judiciales; 5º. Los demás créditos contra la masa.

En orden a la satisfacción de las deudas de la masa en caso de simple iliquidez de la masa<sup>19</sup>, el Proyecto de Ley desarrolla la regla de *pago al vencimiento* de las deudas de la masa, estableciendo que la administración concursal podrá modificar tal regla atendiendo al interés del concurso, aunque se añade, de forma inexplicable, que tal alteración de la regla del vencimiento —tal “postergación” en la terminología del Proyecto— no podrá afectar a créditos salariales ni a créditos públicos (art. 84.3).

## C. LA PAR CONDITIO CREDITORUM

A) Desde el punto de vista de la profundización en la *par conditio* —el otro aspecto fundamental del concurso de acreedores—<sup>20</sup>, parecía necesario adoptar una serie de decisiones dirigidas directamente a mejorar la eficiencia del concurso aumentando el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, que es la finalidad fundamental del derecho concursal. Sin embargo, la reforma no ha entrado en estas cuestiones.

a) En primer lugar, parecía necesario incentivar las solicitudes de concurso necesario *suprimiendo de raíz las ejecuciones separadas de acreedores salariales, públicos y con garantía real*, a fin de evitar a los acreedores más informados la tentación de iniciar una ejecución individual en lugar de optar por la concursal: no se trata, pues, sólo de limitar la posibilidad de iniciar ejecución alguna una vez declarado el concurso; se trata, sobre todo, de que la continuación de las ejecuciones iniciadas con anterioridad a la declaración de concurso quede reducida a aquellos casos en los que el *juez del concurso* estime que no perjudicará los intereses del propio concurso y se integre en todo caso en el procedimiento. Y esto vale sólo para los acreedores con garantía real, ya que el ordenamiento jurídico debe proteger al acreedor que toma precauciones para la insolvencia de su deudor. No debe servir para acreedores públicos ni salariales, que deben someterse íntegramente al concurso. La experiencia de estos años ha puesto de manifiesto la complejidad de la solución legal, que obliga a determinar si el bien en cuestión es o no afecto y a pronunciarse acerca del juez competente. Parecería más razonable dejar la decisión al juez del concurso, que, de acuerdo con la administración concursal, y atendiendo al interés del concurso, habría de decidir si procede o no la ejecución individual, que, por supuesto, se desarrollaría en su juzgado. De esta manera, determinados acreedores carecerán de interés por iniciar la ejecución individual y podrían estar interesados en iniciar la ejecución colectiva. Además, si el juez puede resolver contratos o mantenerlos en vida, si puede condenar o no

a los administradores causantes de la insolvencia, no se ve por qué no va a poder decidir si es procedente y conveniente la ejecución de las garantías reales. Sin embargo, la reforma consagra la situación preexistente, limitándose a precisar que la competencia para determinar si un bien merece o no la consideración de bien afecto o de bien necesario corresponde al juez del concurso (art. 56.5), de modo que se mantendrá la litigiosidad de la cuestión (v., por ejemplo, STCJ 18.10.2010).

b) Parecía necesaria, en segundo lugar, la *unificación de la prelación de créditos*, porque la existencia de dos sistemas —concursal y extraconcursal—, además de generar problemas de técnica legislativa (todas las normas reguladoras tienen que referirse a la posición de las personas a las que se refieren —trabajadores, Hacienda, Seguridad Social, etc.— dentro y fuera del concurso), genera comportamientos estratégicos de los acreedores, que acudirán o no al concurso en función de la prelación de la que disfruten. Sin embargo, la reforma no entra en este tema, por lo que se mantiene la doble regulación de la graduación de créditos.

c) En tercer lugar, parecía conveniente tomar determinadas decisiones, que están en la raíz del concurso, para conseguir aumentar el grado de satisfacción de los créditos ordinarios. Uno de los mayores aciertos de la Ley Concursal fue, sin duda, el de la mejora de los acreedores ordinarios, que se consiguió mediante una doble técnica: la reducción del número de privilegios y la creación de la categoría de los créditos subordinados. Parece claro, sin embargo, que esas importantes medidas no fueron suficientes y que hay que profundizar en este sentido, algo que la reforma no ha hecho. No parece posible ni conveniente aumentar el número de créditos subordinados<sup>21</sup>, pero aún hay margen para la reducción de los créditos privilegiados. Esa reducción podría comenzar con los *créditos laborales*. No se trata, claro está, de que los trabajadores cobren sus salarios o sus indemnizaciones en la misma medida que los demás acreedores, sino de que —cuando la situación sea muy grave— se haga cargo de una parte significativa de esos créditos —y no

de una parte mínima— el FOGASA, quien tendría en el concurso la consideración de simple acreedor ordinario, previsión —no lo olvidemos— que se encontraba ya en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983. Para ello, bastaría con aumentar las aportaciones de las empresas y de los trabajadores, y, sobre todo, incluir aportaciones públicas, ya que esta sería una de las mejores formas de ayuda pública a empresas en crisis. Sin embargo, el Proyecto de Ley, en una línea diferente —y en un lugar sistemáticamente incorrecto— sienta la regla de la subrogación de FOGASA en la misma condición que el acreedor salarial satisfecho (art. 84.5).

En la misma línea, deberían reconsiderarse los privilegios de los *créditos públicos*. La Ley Concursal, en una decisión “transaccional”, optó por reducir cuantitativamente (a la mitad) el privilegio del crédito público, decisión que, obviamente, ha generado litigiosidad (v. SSTs 21.1.2009, 22.6.2009, 29.6.2009, 1.9.2009 y 29.9.2010), pero parece llegado el momento de ir más allá y suprimir los privilegios del crédito público. El acreedor público no debe tener preferencia sobre el acreedor privado, sino que debe someterse a las mismas quitas y esperas o cobrar a prorrata con los acreedores ordinarios en caso de liquidación. Esta sería, de nuevo, la forma de insertar en el derecho concursal el régimen —ahora caótico— de ayudas para salvamento y reorganización de empresas. Sin embargo, la reforma deja las cosas como están, e incluso añade, entre los créditos privilegiados, “los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 91-5º-II).

La reducción de los privilegios salariales y públicos produciría automáticamente una mejora de los acreedores involuntarios. La Ley Concursal tuvo el mérito de privilegiar a los acreedores involuntarios, pero podría irse más allá y desviar hacia el Consorcio de Compensación de Seguros parte de esos riesgos, cumpliendo una función similar a la del Fondo de Garantía Salarial.

B) Por otro lado, parecía necesario introducir alguna previsión legal acerca de la posición

jurídica de quienes hubieran contratado con un deudor más tarde declarado en concurso, ya que la aplicación de la Ley ha puesto de manifiesto importantes dudas interpretativas (v. gr.: calificación de los créditos anteriores a la declaración de concurso que hubieran quedado insatisfechos), que hubieran podido solucionarse, y podría haberse establecido un régimen más detallado.

La reforma no entra en esa materia, aunque sí precisa que, declarado el concurso del contratista, el subcontratista no podrá ejercitar contra el comitente la denominada “acción directa” (art. 50.3) y que, declarado el concurso, quedarán en suspenso las acciones directas que se hubieran ejercitado (art. 51 bis.2).

## D. LAS MEDIDAS CONCURSALES PARA AUMENTAR EL PATRIMONIO DEUDOR

Como es sabido, el derecho concursal establece dos tipos de medidas para aumentar la masa activa del concurso y, con ello, la satisfacción de los acreedores ordinarios: la ineficacia de actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso (reintegración de la masa activa) y la posibilidad de exigir responsabilidad a quienes hubieran causado o agravado la insolvencia (particularmente, responsabilidad de los administradores de sociedades).

### a) La reintegración de la masa activa

Como ya hemos avanzado, la reforma no entra en el tema de la acción rescisoria concursal, que sigue, por lo tanto, sometido a la interpretación judicial (v. ya SSTS 16.9.2010, 27.10.2010 y 13.10.2010). Baste, por tanto, ahora con señalar los puntos necesarios para la reflexión<sup>22</sup>: tener en cuenta si el deudor se encontraba en *situación de insolvencia* en el momento de realizar el acto objeto de rescisión (algo que ahora no se hace); suprimir la referencia a la *masa activa* en la delimitación normativa del *perjuicio*; valorar el *fraude* de la contraparte del acto como presupuesto para la

rescisión; establecer *periodos sospechosos de diferente duración* en función del tipo de acto objeto de rescisión; *acotar las presunciones* relativas a los pagos de obligaciones no vencidas, la constitución de garantías reales por obligaciones preexistentes y los actos con personas especialmente relacionadas; sustituir la exclusión a la rescisión de los actos ordinarios realizados en condiciones normales por la de pagos ordinarios realizados en condiciones normales imprescindibles para la continuidad de la actividad de la empresa; calificar el derecho surgido a favor de la contraparte como consecuencia de de la rescisión como un crédito concursal ordinario (y no como un crédito contra la masa), y subordinar el derecho surgido a favor de la contraparte como consecuencia de la rescisión solo en caso de actuación dolosa (y no por simple mala fe).

### b) La responsabilidad de los administradores

Uno de los temas en los que la reforma ha entrado a fondo, tal y como había sido anunciado por el Ministro de Justicia, es el de la responsabilidad de los administradores, que adolecía de muy importantes defectos de técnica jurídica<sup>23</sup>. Se trata, además, de una materia de extraordinaria importancia práctica, pues, con frecuencia, los acreedores de la sociedad concursada buscan obtener de los administradores la satisfacción de los créditos que no pueden conseguir de la sociedad deudora. Y constituye, en fin, una materia que entronca con la propia función del concurso de acreedores, que ha de ser también represora de aquellas conductas que causen o agraven la insolvencia. El problema fundamental que suscitaba la Ley Concursal era el de la coexistencia de tres regímenes de responsabilidad de los administradores durante el concurso, que no se coordinaban adecuadamente:

#### a') La responsabilidad por deudas

El sistema establecido para *sancionar el incumplimiento de los deberes de los administra-*

*dores en materia de disolución*, consistente en la imposición de responsabilidad solidaria por las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución (art. 367 LSC)<sup>24</sup> deja de ser operativo durante el concurso: si la finalidad de ese sistema es preconcursal, porque está dirigida a evitar declaraciones de concurso, parece evidente que debe dejar de funcionar cuando el concurso sea declarado, para ser sustituido, en su caso, por una responsabilidad ordinaria por daños a la sociedad o por la responsabilidad concursal. En esa línea, el Proyecto de Ley establece, con acierto, aunque de forma un tanto reiterativa, que “los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución” (art. 50.2) y que “declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución” (art. 51 bis.1).

### b') La responsabilidad por daños

En la tradicional responsabilidad por daños, es necesario distinguir:

A) Respecto a la denominada *acción social de responsabilidad*, es decir, la acción de indemnización de daños y perjuicios causados por los administradores a la propia sociedad (arts. 236 y ss. LSC), la necesaria coordinación se consigue por la vía de la “concurralización”: si ya correspondía necesariamente la *competencia* para conocer de esa acción al juez del concurso (art. 8-7º, que se modifica en otros extremos), se añade ahora que la *legitimación* para su ejercicio corresponderá exclusivamente a la administración concursal (art. 48 qua-

ter), tal y como sucede con la acción rescisoria concursal, con la que quizá debía hermanarse en cuanto a la legitimación subsidiaria de los acreedores.

B) Como es obvio, la “concurralización” no puede ser tan intensa respecto a la denominada *acción individual*, es decir, la dirigida a obtener indemnización por los daños que los administradores causen a los acreedores o a los socios (art. 241 LSC). En consecuencia, la reforma se limita a acumular al concurso las acciones individuales que se hubieran iniciado con anterioridad (art. 51.1), sin que —sorprendentemente, la declaración de concurso afecte, en cambio, a la competencia para el ejercicio de las acciones que se interpongan tras la declaración, que, en consecuencia, no tienen por qué corresponder al juez del concurso (art. 8-7º). Obviamente, no se modifica tampoco la *legitimación* para su ejercicio, que corresponde exclusivamente al socio o al acreedor perjudicado.

### c') La responsabilidad concursal

Respecto a aquella consecuencia de la calificación de concurso culpable consistente en la condena a cubrir el déficit resultante de la liquidación, que también está resultando litigiosa (v. STS 23.2.2011), la reforma se limita a realizar algunas precisiones en su régimen jurídico (art. 172 bis)<sup>25</sup>: que sólo pueden ser condenados aquellos administradores o apoderados generales que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación; que, en caso de pluralidad de condenados, la sentencia especificará la cantidad a la que se condene a cada administrador; que la condena ha de ir referida específicamente a la cobertura del déficit patrimonial, y que el beneficiario de la condena es el propio concurso de acreedores, de modo que servirá para pagar créditos contra la masa y créditos concursales y no será necesario que los acreedores reclamen de modo individual<sup>26</sup>.

De acuerdo con ello, en la reforma se precisa asimismo el ámbito de aplicación del *embargo preventivo de bienes* de los administrado-

res, que solo procederá “cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación” (art. 48 ter.1).

## E. LA EFICIENCIA DEL CONCURSO

Uno de los más graves problemas de la Ley Concursal, que ya hubo ocasión de denunciar durante su elaboración, es el del coste del concurso, tanto temporal como económico<sup>27</sup>. Estos años de aplicación de la Ley han confirmado el pronóstico: el concurso de acreedores es un procedimiento lento y costoso, lo que obligaba a adoptar alguna medida. Ya el Decreto/Ley 3/2009 lo intentó, sin demasiado éxito, pero la reforma en curso avanza considerablemente en este sentido, introduciendo importantes modificaciones, que podrán implicar una solución más rápida y económica del concurso. Tales modificaciones se refieren a la administración concursal, al procedimiento abreviado y a las soluciones a la crisis.

### a) La administración concursal

Los órganos ordinarios de la Administración de Justicia no son suficientes para afrontar la complejidad del concurso de acreedores y conciliar la pluralidad de intereses concurrentes. Junto al juez del concurso, el secretario judicial y, en su caso, el Ministerio Fiscal, en todos los ordenamientos existe un órgano específico, que en derecho español recibe el nombre de administración concursal (frente a las denominaciones tradicionales de sindicatura o de intervención). La Ley Concursal, en lugar de exigir la profesión específica de administrador concursal (modelo del Anteproyecto de 1983), siguió el modelo de profesionales jurídicos y económicos (Propuesta de Anteproyecto de 1995), cuyo mayor inconveniente es que resulta ser uno de los más caros posibles y, además, ha generado múltiples problemas en la aplicación diaria. Parece necesario pensar en una sindicatura más profesionalizada y, en cierto

grado, funcionarizada, reservando la condición de administrador concursal a un grupo de profesionales específicamente formados en la crisis empresarial tanto desde el punto de vista económico como jurídico<sup>28</sup>.

El Proyecto de Ley, como señala su exposición de motivos, no lleva a cabo tampoco aquí un giro copernicano; pero avanza en la línea indicada, introduciendo la posibilidad de que en determinados concursos de especial trascendencia y complejidad los dos administradores concursales profesionales sean sustituidos por una persona jurídica en la que se integren socios de las dos categorías (art. 27.1-II)<sup>29</sup>.

### b) El procedimiento abreviado

Como es sabido, la Ley Concursal admitió la posibilidad de un denominado *procedimiento abreviado* para la tramitación de los concursos menores (determinados exclusivamente por la cifra de pasivo), caracterizado por la reducción a la mitad de los plazos y por la posibilidad de una administración concursal unipersonal<sup>30</sup>. El Proyecto de Ley, partiendo de la probabilidad de que el procedimiento abreviado sea el más generalizado en la práctica, avanza considerablemente en la regulación, estableciendo primero los presupuestos (art. 190)<sup>31</sup> y las características generales del procedimiento abreviado (art. 191), y distinguiendo después las especialidades en caso de convenio (art. 191 bis) y en caso de liquidación (art. 191 ter). Como dice la exposición de motivos: “la Ley se detiene en la regulación de un verdadero concurso abreviado, ofreciendo soluciones más rápidas y económicas cuando concurren determinadas circunstancias que la experiencia de estos años de aplicación de la Ley Concursal ha permitido constatar, tales como la situación de la empresa en crisis, el número de trabajadores, las negociaciones que la empresa pudiera haber iniciado para su venta o la modificación estructural de la sociedad deudora”.

### c) Las soluciones del concurso

Es sin duda en este terreno donde más avanza el Proyecto de Ley, que introduce im-

portantes modificaciones en la Ley Concursal, dirigidas a favorecer la eficiencia de este sector del ordenamiento: apuesta por la anticipación temporal de las soluciones concursales, tanto en caso de convenio como de liquidación, y favorece la financiación de la empresa concursada.

### a') El convenio anticipado<sup>32</sup>

Como ya se señaló, el proyecto de Ley estimula una rápida solución del concurso estableciendo que, si el deudor consigue la aprobación de un convenio anticipado que no sea especialmente gravoso (quita inferior a un tercero y espera inferior a tres años), el concurso no será calificado (art. 167.1-II). Esa opción tiene, además, el mérito de poner fin a la discriminación entre las dos soluciones del concurso de acreedores: el concurso se calificará, cualquiera que sea su solución (convenio o liquidación), a menos que se alcance una solución convenida rápida y satisfactoria para los acreedores.

### b') La anticipación de la liquidación

En la misma línea de reducción de costes, al menos temporales, se sitúa la admisión de una auténtica liquidación anticipada, algo que rechazaba la Ley Concursal a pesar de que su lógica económica y jurídica es mucho mayor que la del convenio anticipado: no hay ningún inconveniente en pensar desde el primer momento en la enajenación de los bienes del deudor y no hay problema en esperar luego a la formación de la masa pasiva. Es más, en muchas ocasiones la solución liquidatoria debe imponerse desde un primer momento como única "solución" a la crisis de una empresa inviable<sup>33</sup>. Con la reforma coordinada de los artículos 75, 98, 142, 148.1, 157 y 197.3 (y la supresión del 142 bis), el Proyecto de Ley estructura de una manera distinta la apertura de la fase de liquidación del concurso, permitiendo tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos. La

opción está en consonancia con la vieja regla del Código de Sainz de Andino de que los síndicos liquidarían los bienes "en los tiempos oportunos" y parte de la constatación de un modelo demasiado rígido de la Ley Concursal, que exigía la finalización —y algo más— de la fase común para la apertura de la fase de liquidación, y que el Decreto-Ley 3/2009 trató de solucionar con la instauración de un "nuevo" procedimiento, el de "propuesta anticipada de liquidación", que, a la postre, vino a complicar la solución del concurso.

Otra modificación importante es la que permite que, en ciertas circunstancias, sea la administración concursal la que inste la liquidación (art. 142.3).

### c') La modificación estructural de la sociedad en crisis

La modificación estructural de las sociedades mercantiles —en general, de las personas jurídicas— constituye, en principio, una *alternativa a la declaración de concurso*, como se comprueba fácilmente en España con las Cajas de Ahorros, y, por esa razón, la comunicación —seria— de que se está negociando una modificación estructural debería constituir —junto a la comunicación de que se está negociando un acuerdo de refinanciación o un convenio anticipado— causa de enervación del deber de solicitar el concurso, "escudo" que, sin embargo, no concede el Proyecto de Ley (art. 5 bis).

Además, parece necesario favorecer la participación de una sociedad concursada en un proceso de modificación estructural, ya que tal modificación sería una solución rápida y económica de la insolvencia, pues permitiría la continuidad en las relaciones —derechos y obligaciones— con terceros y la transmisión de la empresa en crisis, con conservación de los puestos de trabajo<sup>34</sup>. El Proyecto de Ley se limita, sin embargo, a incluir la modificación estructural entre las circunstancias que pueden conducir a un procedimiento abreviado (art. 190.2), dejando incluso sin mencionar —junto a la fusión y a la escisión— a la cesión global de activo y pasivo en el posible contenido del

convenio (art. 100.3, que, pese a todo, se modifica), algo que parece obligado por la propia regulación de las modificaciones estructurales, posterior —como es sabido— a la Ley Concursal.

### d') La adquisición de créditos concursales

La Ley Concursal española, lastrada por determinadas concepciones y determinadas prácticas tendentes a la preconstitución de mayorías, priva de derecho de voto en el convenio a los adquirentes de créditos concursales (art. 122.1-2º), algo que dificulta el floreciente mercado de créditos concursales, que —como la experiencia comparada pone de manifiesto— puede en muchos casos favorecer una solución digna y eficiente del concurso de acreedores<sup>35</sup>. El Proyecto de Ley toma buena nota de ello y deja fuera de la prohibición de derecho de voto el supuesto en que el adquirente del crédito sea “una entidad sometida a supervisión financiera”.

### e') La financiación de la empresa concursada

Cualquier solución de la crisis, pero sobre todo aquella que pretenda la conservación de

la empresa en crisis, pasa necesariamente por la financiación de la empresa durante el concurso (auténtico *fresh money*). En este sentido, parecía imprescindible una norma que calificase expresamente como créditos contra la masa, cuya satisfacción es prioritaria, los créditos contraídos durante la ejecución de un convenio que fracasara, ya que la interpretación judicial dominante —que insiste en negarles la consideración de créditos contra la masa— dificulta la financiación de la empresa concursada que haya concluido un convenio con sus acreedores<sup>36</sup>. Y así lo ha hecho el Proyecto de Ley, modificando el tenor literal de aquellos preceptos que llevaban —en un claro exceso de la interpretación literal— a entender que solo constituyen créditos contra la masa los créditos nacidos hasta la aprobación judicial del convenio, aun en el caso de que, con posterioridad, se abriera la liquidación (v. incisos finales de los números 5º y 10º del artículo 84.2)<sup>37</sup>.

La Ley Concursal contiene —desde 2003— una muy importante medida de financiación de la empresa concursada, la *rehabilitación de contratos* que se hubieran extinguido con anterioridad a la declaración de concurso (arts. 68 a 70), que, sin embargo, no se utiliza en la práctica, probablemente como una manifestación más de la falta de cultura concursal de los operadores concursales.

## NOTAS

1. V. BELTRÁN/PRENDES (dir.), *Los problemas de la Ley Concursal, I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Civitas, 2009.

2. Un completo “temario” de la reforma puede verse en BELTRÁN, “Hacia la reforma de la Ley Concursal”, en Sotillo (dir.), *Curso sobre la aplicación de la Ley Concursal*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2008, pág. 709-712.

La Ley Concursal supuso un gran paso adelante en el proceso de renovación del derecho español en la medida en que vino a poner fin a una situación insoportable, derivada de la aplicación de una pluralidad de normas arcaicas y dispersas. El progreso fue manifiesto, con carácter general, a través de la previsión de un único procedimiento, contenido en una sola ley y aplicable a todos los deudores y, de modo especial, en materias tales como los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor; los efectos sobre los acreedores, al reducirse de modo importante las ejecuciones separadas; los efectos sobre los contratos; la reintegración de la masa, poniendo fin a la insoportable inseguridad derivada de la interpretación jurisprudencial sobre la retroacción de la quiebra; la graduación de créditos, pues se redujeron los privilegios, se crearon los créditos subordinados y se limitó el privilegio de los créditos públicos, y la regulación de los concursos internacionales, que se afrontó de acuerdo con la *Ley Modelo* de la Organización de las Naciones Unidas y el Reglamento de la Unión Europea sobre Insolvencia.

Pero, a pesar del gran avance que suponía, la Ley Concursal contenía importantes defectos en algunas de sus concepciones básicas, que fueron denunciados incluso durante la propia tramitación y que se pusieron de manifiesto con su aplicación al observarse que no aumentaba el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, no se reducían la duración y el coste del procedimiento y no se elevaba el porcentaje de soluciones que conservasen la empresa y los puestos de trabajo. Así, pues, podíamos decir que la Ley Concursal, que mejoró de manera importante el derecho concursal, llevaba en sí, por sus propias insuficiencias, el germen de la necesaria reforma, aunque tales defectos no llamaron la atención hasta que el número de concursos se multiplicó, como consecuencia de la crisis económica. Ahora bien, para ser del todo justos, hay que decir que el Derecho Concursal está en permanente reforma en casi todos los países, y España, cuya Ley no fue un ejemplo de modernidad, no iba a ser una excepción.

3. V., en especial, ROJO, “La reforma del Derecho Concursal español”, en Rojo (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons/Registradores de España, 2003, pp. 87-130; BELTRÁN, “El nuevo Derecho concursal español”, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de mayo de 2003, en *AAMN*, XLIII, pp. 465-490.

4. Más explícita que la Exposición de Motivos fue la amplia “referencia del Consejo de Ministros”, que presentó la reforma del modo siguiente: “una reforma de urgencia y limitada [...] en apoyo de las empresas deudoras y sus acreedores, y para corregir determinadas cuestiones procesales y sustantivas que dificultaban injustificadamente la aplicación y consecución de los objetivos previstos en la ley”.

5. V. GARCÍA-CRUCES/LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal (Una primera lectura del real decreto-Ley 3/2009)*, Aranzadi, 2009.

6. V. BELTRÁN, “La reforma —inarmónica— de la Ley Concursal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XVIII, núm. 775, 14 de mayo de 2009, pp. 8-14.

7. La Sección Especial fue presidida por el Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, Santiago Hurtado, e integrada mayoritariamente por Catedráticos de Derecho Mercantil (Alberto Bercovitz, como Vicepresidente, y Manuel Olivencia, Ángel Rojo, Emilio Beltrán, Carmen Alonso, Esperanza Gallego, Alberto Díaz Moreno y Juana Pulgar). Formaron también parte de la misma cuatro magistrados (Ignacio Sancho, Alberto Arribas, José María Fernández Seijo y Nuria Orellana) y otros profesionales: Enrique Piñel, Antonio Moreno, Francisco Pérez-Crespo, Luis Gonzaga Serrano de Toledo y Concepción Ordiz.

8. La modificación más importante es la introducción de un buen número de disposiciones transitorias, que, sin embargo, se antojan complicadas por su casuismo y por la técnica de la remisión.

9. V. por todos, CUENA/COLINO (coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Civitas, 2009.

10. Para la debida claridad de la exposición, los preceptos se citan recogiendo exclusivamente la numeración del precepto de la Ley Concursal tal y como propone el Proyecto de Ley.

11. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal”, en Rojo (dir.), *La reforma*, pp. 9-86.

12. Arts. 5 bis, para enervar el deber del deudor de instar su concurso cuando comunique que ha iniciado negociaciones para obtener un acuerdo de refinanciación; art. 15.3, para dejar sin efecto las solicitudes de concurso necesario que se presenten una vez comunicada la iniciación de tales negociaciones; art. 71.6, que mantiene (v. disp. ad. 4ª anterior) la irrevocabilidad de los acuerdos y de los actos correspondientes; art. 72.2, para dejar claro que solo la administración concursal puede atacar tales acuerdos; arts. 84.2-11º y 91-6º, para atribuir a los nuevos ingresos de tesorería del concursado producidos en el marco de tales acuerdos la consideración, al cincuenta por ciento, de créditos contra la masa y de créditos con privilegio general de sexto grado; disp. ad. 4ª, que regula con detalle la homologación de los acuerdos, y disp. ad. 5ª, que regula los aranceles notariales por la elevación a público de los acuerdos de refinanciación.

13. Las modificaciones más importantes de los concursos conexos o acumulados se refieren a la ampliación de la legitimación para solicitarla, a la concreción de los supuestos, a la precisión de la competencia judicial y a la posibilidad de una consolidación, meramente formal, de las respectivas masas. Fuera del Capítulo III del Título I se prevé también la posibilidad de una administración concursal única (art. 27.7).

14. Esa era la solución del Derecho español hasta que un repentino —y nunca bien explicado— cambio de rumbo en la fase de tramitación parlamentaria llevó a la Ley Concursal a exigir que el deudor probase su estado de insolvencia y su endeudamiento, algo que evidentemente genera en muchos casos elevados costes temporales y económicos. El retorno a la eficacia confesoria de la solicitud del deudor fue solicitada en su preceptivo informe por el Consejo General del Poder Judicial y también por el Informe —no preceptivo— del Consejo General de la Abogacía Española.

15. Si ese prejuicio llegase a ser una realidad —obsérvese, en todo caso, que la idea es contradictoria con el carácter infamante del concurso y con la eventual imposición de responsabilidad concursal a los administradores—, el problema se resolvería fácilmente por aplicación de las normas generales que prohíben el fraude de ley y el abuso del derecho.

16. No obstante, el proyecto de Ley eleva al cincuenta por ciento del crédito el privilegio del acreedor instante (art. 91-7º).

17. V. BELTRÁN, “El concurso del concurso”, en prensa.

18. V. BELTRÁN, “El pago a los acreedores (I). El pago de los créditos contra la masa”, en García-Cruces (dir.), *La liquidación concursal*, Civitas, en prensa.

19. V. BELTRÁN, ob. y lug. últ. cit.

20. Sobre la materia sigue siendo fundamental la obra de GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, 2000. V. también VEIGA, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, Civitas, 2010.

21. No obstante, parece necesaria una reflexión acerca de esta figura, por lo que se refiere sobre todo a las personas especialmente relacionadas (v. FERRÉ, *Los créditos subordinados*, Civitas, 2006). Aun reconociendo que no se trata de una tarea sencilla, es preciso reflexionar acerca de tres importantes cuestiones generales. En primer lugar, acerca de la continuación del automatismo de la subordinación, pues podría pensarse en sustituirlo por una simple presunción que podría romperse aportando prueba en contrario. El Anteproyecto de Ley preveía en este punto que el socio titular de una participación relevante no será considerado persona especialmente relacionada —y, por tanto, su crédito no será subordinado (art. 92-5º)— si demuestra que “carecía de capacidad de influencia en la gestión de la sociedad” (art. 93.2-1º); pero dicha precisión no ha pasado al proyecto de ley. En segundo lugar, acerca de la calificación de los créditos garantizados por personas especialmente relacionadas, que el Decreto-Ley 3/2009 decidió no subordinar. Y en tercer lugar, acerca del diferente tratamiento de dichos créditos en los casos de convenio y de liquidación, que estimula comportamientos estratégicos de los acreedores ordinarios a la hora de votar o no el convenio.

La reforma se ha limitado, sin embargo, a algunas precisiones muy concretas (art. 92): una aclaración acerca de los créditos que no serán subordinados por comunicación tardía (núm. 1º), la inclusión como subordinados de los “recargos” junto a los intereses (núm. 2º) y la exclusión como subordinados de los créditos de los socios que no sean préstamos (núm. 5º).

22. Se siguen las conclusiones de LEÓN, “Banca y rescisión”, en Beltrán/Prendes, *Los problemas de la Ley Concursal*, cit., p. 223. V. también GARCÍA-CRUCES, *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, 2009.

23. V. ROJO/BELTRÁN (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2011.

24. Sobre ese sistema v. BELTRÁN, “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, en ROJO/BELTRÁN, *La responsabilidad*, cit., pp. 255 y ss.

25. Sobre el tema, v. BELTRÁN, “En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad concursal (comentario SAP Madrid 5.2.2008)”, en *ADCo*, 14 [2008], pp. 329 ss.; GARCÍA-CRUCES, *La calificación del concurso*, Aranzadi, 2004, pp. 170 ss.; MACHADO, *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Civitas, 2006, pp. 188 y ss.

26. Por el contrario, no se ha desvinculado la responsabilidad concursal de la solución concreta del procedimiento (v., en cambio, la Propuesta de Anteproyecto de 1995), de modo que la sanción sigue reservada a los casos de liquidación, lo que puede constituir fuente de estrategias para los acreedores ordinarios, que podrán optar por votar en contra de un convenio con la única finalidad de conseguir la responsabilidad de los liquidadores.

27. V. BELTRÁN, “El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico”, en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, cit. p. 323 y ss.
28. V. TIRADO, *Los administradores concursales*, Civitas, 2005.
29. No obstante, llama poderosamente la atención la deficiente redacción de la norma: “Los dos primeros supuestos se entenderán también cumplidos (*sic*) si se trata de personas jurídicas que integren a ambos tipos de profesionales y garanticen la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal”.
30. V. MUÑOZ GONZÁLEZ, “El procedimiento abreviado”, en *ADCo*, 9 [2006], pp. 101 y ss.
31. En concreto el juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo al número de acreedores y al importe del activo y del pasivo, y cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta ordinaria que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo, y lo aplicará necesariamente cuando el deudor presente un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o hubiera cesado completamente en su actividad.
32. V. ROJO, *El convenio anticipado*, Civitas, 2004.
33. Sobre la liquidación concursal, v. BELTRÁN, “La liquidación”, en *La Ley Concursal*, *RPJ*, número especial [2004], pp. 409 y ss.; GARCÍA-CRUCES (dir.), *La liquidación concursal*, Civitas/AEDIN, 2011.  
Hay en todo caso otra asignatura pendiente del derecho concursal español: la de establecer una adecuada relación entre la liquidación concursal y la liquidación voluntaria de las personas jurídicas, porque parece evidente en muchos casos la incongruencia de abrir un concurso cuando la crisis podría resolverse de forma más eficiente —temporal y económicamente— a través de la liquidación voluntaria de la sociedad: v., ampliamente, BELTRÁN, “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 407 y ss.
34. La necesidad de la regulación viene dada por el hecho de que las leyes reguladoras sólo contienen dos referencias recíprocas, prácticamente residuales, a la posibilidad de que las sociedades concursadas participen en un proceso de modificación estructural: la Ley Concursal deja caer que es posible incluir una fusión o una escisión de la sociedad concursada en la propuesta de convenio (art. 100.3), y la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles prohíbe realizar una concreta modificación estructural —el traslado de domicilio al extranjero— a una sociedad en concurso (art. 93.2), lo que autoriza a pensar que pueden realizar las demás y particularmente las transmisivas: fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo (v., ampliamente, BELTRÁN, “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, en *AAMN*, *L* [2010], pp. 157 ss.).
35. V., ampliamente, ROJO, “La pérdida del derecho de voto en caso de adquisición de crédito concursal”, en *ADCo*, 12 [2007-3], pp. 7 y sigs.
36. V. BELTRÁN, “Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación”, *ADCo*, 10 [2007-1], pp. 513 y sigs.
37. La modificación no se ha producido finalmente (aunque se encontraba en los primeros textos), en el número 2º, relativo a costas y gastos judiciales, que sigue diciendo que serán créditos contra la masa los generados “*hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del convenio*”.



## RESUMEN

Entre las diversas cuestiones que se plantean al hilo del debate sobre la multiculturalidad, se encuentra la relativa al uso en centros públicos de enseñanza del *hijab* por alumnas musulmanas. Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, el análisis debe ser reconducido al problema de la delimitación y los límites de los derechos fundamentales, en la medida en que, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido, el empleo del pañuelo islámico es una manifestación de la libertad religiosa de estas personas. Dicha libertad, junto con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, han de prevalecer en su ponderación frente a la igualdad de la mujer, cuando es ella misma la que toma la decisión, sin mediar violencia física o psicológica constitutiva de ilícito penal.

## PALABRAS CLAVE

LIBERTAD RELIGIOSA, VELO ISLÁMICO, SÍMBOLOS RELIGIOSOS, MULTICULTURALIDAD, IGUALDAD, EDUCACIÓN.

## ABSTRACT

Among the various issues arising from the debate on multiculturalism is that of the use of the *hijab* by female Muslim students in state schools. From the standpoint of constitutional law, the analysis needs to be redirected to the problem of the definition and limits of fundamental rights, in that, as the European Court of Human Rights has recognized, the use of the headscarf is a manifestation of the religious freedom of these people. When it is the woman who makes the decision, and where there is no physical or psychological violence constituting a criminal offence, that freedom, along with the constitutional principle of the free development of personality, should prevail over women's equality.

## KEY WORDS

FREEDOM OF RELIGION, ISLAMIC VEIL, RELIGIOUS SYMBOLS, MULTICULTURALISM, EQUALITY, EDUCATION

# LA PROHIBICIÓN DEL USO DEL *HIYAB* EN LOS CENTROS ESCOLARES PÚBLICOS. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL\*

Rafael Naranjo de la Cruz

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Málaga

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Sobre la necesidad de un análisis desde el derecho constitucional español. 3. El uso del *hiyab* en las aulas: ¿problema de disciplina o de derechos fundamentales? 4. El derecho a portar *hiyab* como manifestación de la libertad religiosa. 5. La prohibición del *hiyab* como límite de la libertad religiosa. A. El mantenimiento del orden público protegido por la ley como único límite a las manifestaciones de la libertad religiosa. B. El *hiyab* y la protección de los derechos de la mujer musulmana. a) El argumento de la igualdad de género b) Los derechos fundamentales de las menores musulmanas c) El principio de laicidad d) La libertad religiosa de los alumnos no musulmanes e) Otras consideraciones específicas sobre el entorno escolar.

## 1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo consiste en el análisis de la situación que se produce cuando una alumna musulmana decide asistir a un centro escolar público con *hiyab*, cuestión que ha sido objeto de un vivo debate en la opinión pública como consecuencia de acontecimientos recien-

tes. Uno de los casos ha sido el protagonizado por Najwa Malha, de 16 años, estudiante de confesión musulmana del I.E.S. Camilo José Cela, situado en la localidad madrileña de Pozuelo de Alarcón. Ante su decisión de asistir al centro portando un *hiyab*, le fue negado el acceso a clase y fue sancionada sobre la base del art. 32.c.4 del reglamento de régimen interno

\* Nota del editor: este artículo ha superado la evaluación por pares.

Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto "Multiculturalidad, Género y Derecho", DER2009-08297 (subprograma JURI), que dirige la profesora Patricia Laurenzo Copello.

del centro en cuestión, en virtud del cual “Los alumnos deberán acudir a clase correctamente vestidos, con objeto de evitar distracciones a sus compañeros. En el interior del edificio no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna otra prenda que cubra la cabeza”. Aunque Najwa fue matriculada finalmente en otro centro de la zona, el supuesto está pendiente de resolución judicial. Posteriormente, pudimos asistir a acontecimientos muy similares en el Colexio Novo, situado en Arteixo (Galicia), donde se ha aplicado a una niña de 11 años el art. 3.7 del reglamento aprobado por su consejo escolar, que establece que “en las aulas se observará una postura e indumentaria correctas. Se mantendrá la cabeza descubierta. No se permitirán boinas, viseras, pañuelos de cabeza, ni otras prendas que la cubran”.

Nos centraremos en estas páginas en la cuestión que originó la polémica, esto es: el uso del *hiyab* por alumnas musulmanas en los centros escolares públicos. No abordaremos, por el contrario, otros asuntos como la presencia del burka en los edificios públicos. Estamos ante problemas diversos, que deben ser analizados pausadamente atendiendo a sus circunstancias específicas y poco contribuye a un debate sereno, tan necesario en estos temas, el recurso a lugares comunes e ideas generales, sin la necesaria matización. Por este mismo motivo, tampoco entra en nuestro objeto de estudio el uso del *hiyab* por parte del personal de un centro educativo público, cuestión que implica al principio de neutralidad del Estado, del art. 16.3 CE, en forma diversa al que aquí nos ocupa.

Sin duda, son muchos los enfoques que admite el problema planteado. A nuestro juicio, en la medida en que, como veremos, se encuentra involucrado en este asunto, al menos, un derecho fundamental, la perspectiva dominante no puede ser otra que la del Derecho Constitucional y, más concretamente, la teoría general de los derechos fundamentales. En primer lugar, dedicaremos un apartado a exponer el motivo por el que la solución dada a esta cuestión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o “Tribunal

Europeo”) en otros supuestos parecidos no es trasladable automáticamente al ordenamiento español, lo que hace necesario su estudio desde el Derecho interno. Posteriormente nos plantearemos, ya desde esta sede, si la imposición de una sanción a una alumna musulmana por portar el *hiyab* en las aulas de un centro público es un mero problema de indisciplina o, por el contrario, incide sobre alguno o algunos de sus derechos fundamentales. En este sentido, analizaremos si la prohibición del *hiyab* incide de alguna manera en el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad religiosa del art. 16.1 CE, para lo que será necesario delimitar su contenido correctamente. Sólo en el caso de que se llegue a la conclusión de que la libertad religiosa de las alumnas musulmanas comprende, en principio, su derecho a portar la prenda citada podremos plantearnos la segunda de las cuestiones, esto es, si la imposición de un límite a este derecho está justificada constitucionalmente. Para ello recurriremos a una consolidada doctrina del TC acerca de los límites de los derechos fundamentales que exige que éstos se justifiquen en la necesidad de proteger otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos, cumplan los requisitos impuestos por el principio de proporcionalidad y respeten el contenido esencial del derecho restringido.

## 2. SOBRE LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La cuestión relativa al uso por alumnas del *hiyab* en las escuelas ha sido abordada por el TEDH en diversas ocasiones, principalmente: casos *Leyla Sabin contra Turquía* (sentencia de Sala de 29 de junio de 2004 y de Gran Sala de 10 de noviembre de 2005), *Kervanci contra Francia* (sentencia de 4 de diciembre de 2008) y *Dogru contra Francia* (sentencia de 4 de diciembre de 2008). En todas ellas, el TEDH ha considerado que la prohibición del velo

islámico en los centros escolares no vulnera el derecho a la libertad religiosa del art. 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH o “el Convenio”).

Según el art. 10.2 CE, “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En virtud de este precepto se ha de acudir como criterio de interpretación de nuestros derechos fundamentales, no sólo a lo establecido por las citadas normas internacionales, sino también, y de manera más relevante aún, a la jurisprudencia elaborada por los órganos jurisdiccionales encargados de velar por su cumplimiento (por todas, STC 36/1984, f.j. 3). De este modo, debemos plantearnos si la existencia de la citada doctrina del TEDH convierte en innecesario un análisis de la cuestión desde el punto de vista de nuestro Derecho interno.

El estudio detenido de las sentencias del Tribunal Europeo no permite, sin embargo, llegar a tal conclusión. En el caso *Leyla Sahin contra Turquía*, la resolución del TEDH concede una importancia decisiva al margen de apreciación del que disfrutaban los Estados, ante la ausencia de una concepción uniforme relativa a la “protección de los derechos ajenos” y al “orden público”, así como la diversidad de reglamentaciones existentes en la materia relativa a las relaciones entre el Estado y las religiones o, más concretamente, sobre el uso de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza (apartados 101 y 102 de la Sentencia de 29 de junio de 2004, y apartado 109 de la Sentencia de 10 de noviembre de 2005). El Tribunal recuerda el papel fundamentalmente subsidiario del Convenio, así como que las autoridades nacionales se encuentran en principio en mejor posición para pronunciarse sobre

las necesidades y contextos locales (apartado 100 de la Sentencia de 29 de junio de 2004). Por este motivo, la fundamentación del Tribunal contiene constantes alusiones a la situación concreta del Estado implicado: Turquía. Así, afirma la Sentencia de Sala que “*En un país como Turquía* en el que la gran mayoría de la población pertenece a una religión concreta, las medidas tomadas en las universidades para impedir a ciertos movimientos fundamentalistas religiosos ejercer una presión sobre los estudiantes que no practican la religión en cuestión o sobre los que pertenecen a otra religión pueden estar justificadas respecto al artículo 9.2 del Convenio. *En este contexto*, las universidades laicas pueden igualmente reglamentar la manifestación de los ritos y de los símbolos de esta religión, señalando restricciones de lugar y de forma, con el fin de garantizar el carácter mixto de los estudiantes de creencias diversas y de proteger así el orden público y las creencias ajenas” (apartado 99 de la Sentencia de Sala. La cursiva es nuestra. Véase este argumento reiterado en el apartado 111 de la Sentencia de Gran Sala). Estas concesiones al margen de apreciación de las autoridades estatales pueden encontrarse también en las sentencias del caso *Kervanci contra Francia* (apartados 63, 71 y 72) y *Dogru contra Francia* (apartados 63, 71 y 75).

Con este condicionante, no es posible trasladar automáticamente las consideraciones efectuadas por el TEDH al caso español<sup>1</sup>. El recurso en el plano europeo a la doctrina del margen de apreciación, lejos de eximir a las autoridades nacionales del análisis del asunto planteado a partir de sus propias normas constitucionales, remite precisamente la solución a la aplicación de éstas. Será necesario, pues, estudiar el problema desde el ordenamiento constitucional español para decidir en qué medida se reproducen aquí las condiciones jurídicas que fundamentan en otros Estados la decisión de prohibir el velo en los centros escolares<sup>2</sup>.

### 3. EL USO DEL HIYAB EN LAS AULAS: ¿PROBLEMA DE DISCIPLINA O DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

Ante todo, debe definirse con claridad la naturaleza del asunto analizado. Al respecto se plantea una disyuntiva: o nos encontramos simplemente ante una cuestión relativa a la aplicación de las normas disciplinarias del centro<sup>3</sup> o, por el contrario, se trata de un problema que concierne a un derecho fundamental.

Las diferencias en el planteamiento son notables. Desde el primero de los puntos de vista sugeridos, la solución pasa por ver si la asistencia a clase con *hiyab* encaja en la definición del supuesto de hecho realizada por la norma disciplinaria para, en el caso de que así fuera, proceder a la imposición de la sanción correspondiente, resultando irrelevante a estos efectos si la alumna estaba o no ejerciendo un derecho fundamental. Se sostendría entonces que, en realidad, este asunto nada tiene qué ver con la libertad religiosa, sino más bien con la necesidad de lograr un cumplimiento generalizado de las normas internas disciplinarias del centro. Estas normas tendrían que ser respetadas por todos sus estudiantes con independencia de la religión que profesen, por ser normas generales que no admiten excepción.

Este discurso remite al argumento de la incidencia de la ley general sobre los derechos fundamentales, estudiado en el ámbito de la teoría general de estos derechos, sobre todo por la doctrina alemana<sup>4</sup>. En este contexto debe entenderse por ley general aquella norma que no se ocupa específicamente, o de forma completamente exclusiva, de los derechos fundamentales que se encuentran en discusión, y que, por tanto, no contiene restricciones especialmente dirigidas a tales derechos. En los casos que nos ocupan el objeto de la norma prevista en los reglamentos internos consiste en el mandato de asistir a clase con la cabeza descubierta, o, en sentido contrario, en la prohibición de hacerlo portando prenda alguna que la cubra. Así definida, no es una norma reguladora de la libertad religiosa, sino de la

disciplina del centro escolar, que, observada en abstracto, no parece arrojar problema alguno de inconstitucionalidad.

Sin embargo, lo que aquí se discute no es la constitucionalidad de las normas arriba reproducidas, sino más bien los efectos de su aplicación al caso concreto. Cuando ellas inciden sobre una manifestación de un derecho fundamental (como podría ser, en este caso, el uso del *hiyab*) el problema planteado traslada su sede. Deja de ser un asunto relativo a la aplicación de las normas disciplinarias del centro para convertirse en un problema de derechos fundamentales, que debe ser analizado con los instrumentos específicos de su estudio jurídico. La delimitación de los derechos fundamentales debe ser realizada a partir, principalmente y salvo excepciones que no vienen al caso, de su propia formulación en el texto constitucional. El uso del argumento de la ley general encubre en realidad un límite al derecho, que queda de este modo exento indebidamente del control del cumplimiento de los requisitos que todo límite a un derecho fundamental debe cumplir.

En definitiva, antes de concluir que nos encontramos ante un mero problema de aplicación de las normas disciplinarias del centro, resulta necesario adentrarse en la delimitación constitucional del derecho fundamental implicado, la libertad religiosa, para establecer si ésta protege o no, como una de sus manifestaciones, el derecho de las alumnas musulmanas a portar *hiyab*. De afirmarse la existencia de tal derecho, la aplicación de la norma general sancionadora no puede ser sino vista como un límite al mismo, toda vez que de su aplicación resulta la privación de protección a parte del contenido por él delimitado.

### 4. EL DERECHO A PORTAR HIYAB COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Según el art. 16.1 CE, “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los

individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Este precepto, por lo que a la libertad religiosa se refiere, “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual” (STC 101/2004, f.j. 3). Pero, junto a esta dimensión interna, este derecho posee otra, externa, que implica la posibilidad de actuar libremente (*agere licere*) con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos (STC 20/1990, f.j. 20). Las manifestaciones abarcadas por esta dimensión externa no se limitan únicamente a las orales o escritas, sino que se incluyen también actitudes y conductas. Así, la libertad religiosa ampara el ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso (STC 46/2001, f.j. 4).

Aun sin querer profundizar aquí en una cuestión que es objeto de discusión dentro de la propia religión islámica, no cabe ninguna duda de que el tenor literal del Corán ofrece argumentos suficientes para que desde algunos de sus sectores se considere que el uso del *hiyab* responde a una obligación impuesta por su credo<sup>5</sup>. Siendo esto así, la propia libertad religiosa protege el derecho de la mujer a interpretar el uso del *hiyab* como cumplimiento de un mandato religioso. No es función del Estado dar una respuesta a las cuestiones dogmáticas propias de las distintas religiones<sup>6</sup>. A ello se opondría su condición de Estado neutral, que el Tribunal Constitucional (en adelante TC o “el Tribunal”) ha derivado del apartado tercero del propio art. 16 CE (“Ninguna confesión tendrá carácter estatal”). Esta neutralidad “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales” (STC 46/2001, f.j. 4). Es por ello que en la STC 38/2007 se afirma, en relación con la enseñanza de la asignatura de religión, que “El credo religioso objeto de

enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de las relaciones de cooperación a las que se refiere el art. 16.3 CE” (f.j. 5). Esto no significa, en modo alguno, que a esta función de las confesiones religiosas no se le pueda imponer límite alguno, pues, como afirma el TC en la Sentencia anteriormente citada, “por más que haya de respetarse la libertad de criterio de las confesiones a la hora de establecer los contenidos de las enseñanzas religiosas (...) tal libertad no es en modo alguno absoluta, como tampoco lo son los derechos reconocidos en el art. 16 CE ni en ningún otro precepto de la Constitución, pues en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional” (f.j. 7).

Así pues, entre las manifestaciones de la libertad religiosa protegidas en principio por el ámbito de delimitación del art. 16.1 CE, se encuentra el derecho a portar *hiyab*<sup>7</sup>. Así lo ha considerado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Leyla Sahin contra Turquía*, donde parte de que la prohibición del *hiyab* en un centro universitario constituye una injerencia en el ejercicio por la demandante del derecho a manifestar su religión (apartado 71 de la Sentencia de Sala y 78 de la Sentencia de Gran Sala). De este modo, de acuerdo con lo establecido en el art. 16.1 CE, sólo cabe prohibir el uso del *hiyab* si esta limitación de la libertad religiosa es “necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Lejos está, pues, este asunto de tratarse de un mero problema de aplicación de las normas disciplinarias del centro.

Nada cambia en la conclusión alcanzada la eventual minoría de edad de la persona protagonista de los acontecimientos, ya que, como veremos más adelante, los menores son también titulares del derecho fundamental a la libertad religiosa. Del mismo modo, resulta absolutamente irrelevante para nuestro análisis la circunstancia relativa a la nacionalidad del

sujeto activo del derecho, no sólo porque, obvio sería decirlo, la cuestión afecta igualmente a las alumnas musulmanas de nacionalidad española, sino también porque el derecho a la libertad religiosa debe situarse entre aquellos que, por su íntima conexión con la dignidad de la persona, corresponden a los extranjeros en condiciones plenamente equiparables a los nacionales, según la doctrina del TC (STC 236/2007, f.j. 3).

Una vez que hemos concluido que el uso del *hiyab* por las alumnas musulmanas forma parte del contenido de su derecho fundamental a la libertad religiosa, centraremos nuestro discurso en los siguientes epígrafes en la posibilidad de que su prohibición en el entorno escolar encuentre justificación como límite a tal derecho.

## 5. LA PROHIBICIÓN DEL HIYAB COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

### A. EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO PROTEGIDO POR LA LEY COMO ÚNICO LÍMITE A LAS MANIFESTACIONES DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Para responder a la cuestión planteada acerca de la constitucionalidad de la prohibición del *hiyab* en los colegios públicos como límite de la libertad religiosa de las alumnas musulmanas, resulta necesario recordar una vez más que, según el art. 16.1 CE, la libertad religiosa de los individuos no admite “más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Esta cláusula de orden público ha sido considerada por el TC como “límite intrínseco” al ejercicio de este derecho (STC 46/2001, f.j. 5).

En un plano formal destaca el hecho de que, en virtud del art. 16.1 CE, el orden público que justifica la limitación de las manifestaciones de la libertad religiosa es únicamente

el “protegido por la ley”, referencia que ha de entenderse realizada, sobre la base del art. 81.1 CE, a la Ley Orgánica. En efecto, la Constitución reserva a la Ley orgánica el “desarrollo” de los derechos fundamentales y libertades públicas, concepto en el que entra plenamente la fijación de límites a los derechos fundamentales (por todas, STC 173/1998, f.j. 7)<sup>8</sup>.

Una definición legal genérica de lo que deba entenderse a estos efectos por “orden público” se encuentra en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR): “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

La interpretación que se dé al concepto de “orden público” debe venir orientada por su carácter excepcional como único límite al ejercicio de las libertades del art. 16 CE, que el TC ha deducido de la trascendencia constitucional de la libertad de creencias (STC 46/2001, f.j. 11). Por otra parte, dada la importancia de la libertad religiosa para la efectividad de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el TC ha señalado que “el enjuiciamiento acerca de la aplicación de esta limitación constitucional ha de llevarse a efecto por parte de este Tribunal con un especial rigor, a través de un escrutinio estricto” (STC 46/2001, f.j. 9). Por ello, el recurso al orden público no puede implicar una exposición mayor de esta libertad a la imposición de límites, que la que es común al resto de derechos fundamentales. No parece haberlo visto siempre así el TC, que, en una construcción de difícil explicación, ha indicado que: “El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros me-

diante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley” (STC 141/2000, f.j. 4). La sentencia no aclara, sin embargo, qué bien o derecho que no esté protegido constitucionalmente puede integrar el concepto de orden público del art. 16.1 CE. A nuestro juicio, la respuesta debe ser “ninguno”.

Especial importancia para el asunto que nos ocupa tiene el que, dado el referido carácter excepcional del orden público como único límite al ejercicio de la libertad religiosa, a modo de principio queda vedada a los poderes públicos su aplicación “como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias (...) el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para ‘la seguridad, la salud y la moralidad pública’, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto” (STC 46/2001, f.j. 11).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, difícilmente se puede aceptar que el uso del *hiyab*, por sí sólo, entre en un conflicto cierto con la seguridad, salud o moralidad pública. Sobre el concepto de moralidad pública, el propio TC ha advertido que, cuando actúa como límite de algún derecho fundamental, “ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un *mínimum ético* para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central

en el sistema jurídico (artículo 10 de la Constitución)” (STC 62/1982, f.j. 3).

Así pues, el examen acerca de la constitucionalidad de la prohibición del velo en las escuelas públicas debe continuar con su contraste con los requisitos que, en este sentido, debe cumplir todo límite a un derecho fundamental, según una doctrina consolidada del TC<sup>9</sup>. Son los siguientes: a) la limitación debe perseguir la garantía de otro bien o derecho constitucionalmente reconocido; b) el límite debe ser proporcional. Así, ha de ser útil para conseguir el fin que se propone (principio de utilidad o adecuación); no debe existir otro modo de conseguir dicho fin con la misma intensidad, pero de forma más favorable para el derecho fundamental limitado (principio de necesidad); y debe ser coherente con el resultado de ponderar los bienes y derechos constitucionales en conflicto, de manera que la restricción se corresponda con la importancia que, desde el punto de vista constitucional, debe atribuirse a cada uno de ellos (principio de proporcionalidad en sentido estricto); c) el límite no puede afectar al contenido esencial del derecho.

En los siguientes epígrafes aplicaremos estos criterios a los argumentos que usualmente se manejan para justificar la prohibición del uso del *hiyab*. Abordaremos en primer lugar este análisis con relación a la protección de bienes o derechos constitucionales de la propia niña o mujer musulmana, para después continuar con el resto.

## B. EL HIYAB Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER MUSULMANA

### a) El argumento de la igualdad de género

El bien constitucionalmente protegido que se suele invocar frente a la libertad religiosa como fundamento de la prohibición del *hiyab* es la igualdad de la mujer<sup>10</sup>. Se sostiene en este sentido que el *hiyab* es un símbolo de la represión de la mujer, única a la que se impone

la obligación de portarlo; se alude a la incomodidad de su empleo y a sus efectos sobre el desarrollo de la personalidad de la mujer, que se ve impedida de mostrar sus cabellos, al tiempo que se afirma que la mujer islámica estaría sometida de tal modo a la influencia de su cultura y a las presiones familiares y del entorno social, que no se podría concluir que fuera realmente libre para tomar su propia decisión. El argumento de la igualdad ha encontrado incluso eco en la doctrina del TEDH. Así, en sus sentencias el Tribunal recuerda cómo en el asunto *Dahlab contra Suiza*, relativo al uso del velo islámico por la profesora de una clase de niños pequeños, se hacía referencia a la difícil conciliación del velo con el principio de igualdad entre sexos (por todas, caso *Leyla Sahin contra Turquía*, de 29 de junio de 2004, apartado 98; apartado 111 de la sentencia de 10 de noviembre de 2005).

Algo resulta claro al respecto: de concluirse que la protección de la igualdad de género justifica una limitación de la libertad religiosa de la mujer musulmana como la que aquí se discute, la consecuencia, que no es otra que la prohibición del uso del *hiyab*, no podría limitarse al espacio escolar, ya que el bien jurídico comprometido se vería afectado en todo lugar y en cualquier circunstancia. El hecho es que una prohibición con tal alcance no ha sido, sin embargo, planteada.

Resulta evidente que toda mujer tiene derecho a no utilizar el *hiyab*. Si no fuera suficiente con la invocación del valor superior libertad (art. 1.1 CE) para fundamentar dicho derecho, éste encuentra fácil acomodo en el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) y en la propia libertad religiosa que sirve de base a su empleo, y que comprende, como hemos visto, el derecho a no creer o a no compartir las creencias de otros. No cabe duda, pues, que en nuestro ordenamiento no tiene cabida la imposición obligatoria del velo islámico. No es esto, por lo tanto, lo que aquí se discute. Se trata, por el contrario, de determinar si se puede prohibir el uso del *hiyab* a quien decide libremente portarlo, por coherencia con sus propias convicciones religiosas.

Conviene entonces precisar, en primer lugar, que en el problema jurídico indicado no está en juego el derecho fundamental a la igualdad, o al menos no su vertiente subjetiva. En virtud de esta vertiente subjetiva, los derechos fundamentales protegen un determinado bien jurídico, facultad o posibilidad de actuación de cada persona individualmente considerada y genera en ésta, en caso de violación, la posibilidad de recabar de los órganos judiciales su protección. La vertiente subjetiva del derecho a la igualdad debería ser tomada en consideración, como hemos visto, si el objeto de discusión fuera la constitucionalidad en nuestro ordenamiento de la imposición a la mujer musulmana de la obligación de portar el *hiyab*. Frente a tal obligación, se impondría el derecho fundamental a la igualdad de la mujer (art. 14 CE). Es por ello que la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales les obliga a proteger a la mujer frente a todo intento de imposición de su empleo contra su voluntad, por ser lesiva de su derecho fundamental a la igualdad y de su libertad, utilizando para ello, en su caso, las herramientas ofrecidas por el Derecho penal.

No obstante, los derechos fundamentales poseen también una vertiente objetiva. En este aspecto objetivo, como señala el TC, “los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el ‘fundamento del orden jurídico y de la paz social’” (STC 53/1985, f.j. 4). Es esta vertiente del derecho a la igualdad, la igualdad como principio constitucional, la que se ha invocado como argumento para justificar la prohibición del uso del *hiyab* en las escuelas. En nuestro ordenamiento, su fundamento constitucional se encontraría más bien, por tanto, en el art. 9.2 CE, en virtud del cual “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad

y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; [y] remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

Al respecto, debe recordarse que, como ha señalado reiteradamente el TC, “Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución [...] no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (artículo 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos” (por todas, STC 91/1983, f.j. 3). La igualdad, incluso la de género, no es una excepción a este principio. Por tanto, cualquier posición que parta de la premisa de que la igualdad debe ser protegida en términos absolutos y a cualquier coste debe quedar descartada.

Bajo el debate suscitado por el uso del *hi-yab* en la escuela podría encontrarse, por tanto, un conflicto entre bienes y derechos constitucionales. Por un lado, estaría el principio constitucional de igualdad y, por otro, el derecho fundamental a la libertad religiosa. Sin embargo, la verificación de este conflicto en el caso concreto se enfrenta con un problema importante: la pluralidad de significados que puede tener el uso del *hi-yab*<sup>11</sup>. No se puede afirmar que el empleo de esta prenda refleje siempre en la actualidad una situación de subordinación de la mujer al hombre; esto es, de discriminación por razón de sexo<sup>12</sup>. Especialmente difícil resulta alcanzar esta conclusión en el caso de estudiantes universitarias, como Leyla Sahin. No se puede dudar que es un rasgo distintivo entre el hombre y la mujer, pero sí que incorpore en todo caso la connotación negativa que lo convierte en discriminatorio. Resultaría necesario atender, pues, al significado que cada mujer otorga al *hi-yab* si no queremos caer en el error de imponer sobre todas ellas una valoración genérica realizada desde el prisma exclusivo de la cultura occidental, prescindiendo de cualquier otra consideración. Como ha quedado de manifiesto en el debate público suscitado tras el caso Najwa, algunas mujeres, especialmente jóvenes, pueden incluso decidirse a utilizar el *hi-yab* como símbolo

de rebeldía y de reivindicación de su identidad cultural, en ocasiones frente a la opinión de su propio entorno social y familiar, lo que dista notablemente de la imagen típica de la mujer discriminada.

Por otra parte, el conflicto observado tiene lugar entre dos bienes jurídicos que pertenecen o inciden sobre la misma persona. En estos supuestos debe reconocerse un peso decisivo al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, que “protege la configuración autónoma del propio plan de vida” [STC 60/2010, f.j. 8.b)]<sup>13</sup>. Recogido en el art. 10.1 CE como fundamento del orden político y de la paz social, obliga a inclinar la balanza del lado de la voluntad del propio sujeto afectado, salvo que la concurrencia de intereses públicos constitucionalmente prevalentes justifique lo contrario. Esta excepción debe ser, no obstante, interpretada restrictivamente.

Frente a este argumento, podría oponerse la falta de libertad real de la mujer musulmana a la hora de tomar su decisión al respecto. Ésta se encontraría, desde este punto de vista, sometida a fuertes condicionamientos culturales y familiares de los que sería incapaz de abstraerse. No podemos compartir esta posición, en la medida en que parte de un concepto de libertad que no es utilizable en el análisis jurídico. Para el Derecho debe resultar, por supuesto, relevante cualquier forma de violencia, física o psicológica, que se utilice sobre la mujer para forzar su voluntad a la hora de adoptar su decisión sobre usar o no el *hi-yab*. Pero otros condicionamientos difusos de tipo cultural, social o incluso familiar no han de ser tenidos en cuenta, si no queremos otorgar al Derecho un papel paternalista que no le corresponde<sup>14</sup>.

Aun en el supuesto en que, como se apunta en las resoluciones del caso *Leyla Sahin contra Turquía* (apartado 99 de la sentencia de 2004 y 109 de la sentencia de 2005), se comprobara la existencia real de presiones sobre las mujeres por parte de movimientos fundamentalistas para forzar el uso del *hi-yab* por éstas, la respuesta de los poderes públicos debería pasar, en un Estado democrático, por la adopción de las medidas que fueran necesarias para salva-

guardar el derecho de la mujer a decidir libremente acerca de su empleo, así como por la persecución de los autores de tales actos<sup>15</sup>. La adopción por este motivo de una prohibición general del uso del *hiyab* resultaría inconstitucional por excesiva; esto es, por desproporcionada<sup>16</sup>. Resulta además, cuanto menos, extraño que para proteger la libertad de decisión de la mujer se tenga que adoptar una medida consistente precisamente en la privación a ésta de la libertad misma<sup>17</sup>.

Por último, no se puede dejar de valorar los efectos perniciosos que la decisión de prohibir podría tener de cara a la propia igualdad real de la mujer que aspira a proteger<sup>18</sup>. Superada la edad correspondiente a la enseñanza obligatoria, ésta se vería forzada a decidir entre permanecer en el sistema educativo, renunciando a su identidad religiosa, o continuar con el uso del velo, pero fuera de dicho sistema. Situada ante el supuesto patológico consistente en que el *hiyab* encubra una situación real de subordinación de la mujer, probablemente se impondría la segunda opción mencionada, lo que agravaría aún más su situación. La mujer perdería entonces una de las pocas posibilidades de formarse en un contexto que favoreciera finalmente su emancipación.

## b) Los derechos fundamentales de las menores musulmanas

Especial atención merecen, en el asunto que estudiamos, las menores. Por su escasa edad, las niñas menores de familia musulmana están expuestas a la influencia material de las creencias de sus padres en mayor medida que las mujeres adultas, lo que puede condicionar su decisión sobre el uso del velo. En todo caso, debe apuntarse que esta influencia no es distinta, en realidad, de la que todo progenitor, cualquiera sea su credo, puede ejercer sobre su hijo en otros asuntos.

Lo cierto es que, a modo de principio, tampoco se puede privar a los padres de su derecho a formar moral y religiosamente a sus hijos<sup>19</sup>. Esta cuestión ha sido abordada, si bien en un contexto distinto, en la STC 141/2000 (f.j. 5).

El TC incluye allí en la libertad de creencias de los progenitores el derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, si bien señala los límites a los que queda sometida la actuación de los padres. Tras afirmar que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, y, por tanto, también de su libertad de creencias e integridad moral, niega el TC que su ejercicio y la facultad de disponer sobre ellos deban entenderse abandonados por entero a lo que pudieran decidir quienes tuvieran su patria potestad o, en su caso, su guardia y custodia. Así, se reconoce la intangibilidad de la integridad moral de los menores y su propia libertad de creencias, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo.

De este modo, afirma el TC que “el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores”. La incidencia de los padres sobre el disfrute por sus hijas de sus derechos fundamentales deberá modularse, como afirma el TC, en función de la madurez de éstas y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar. En caso de conflicto entre los derechos de unos y otras, la ponderación a realizar tiene que venir guiada por el “interés superior” de los menores de edad<sup>20</sup>.

El art. 2.1.c) LOLR establece, como parte de la libertad religiosa y de culto, el derecho a “elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Este derecho de los padres debe ser interpretado, sobre la base de lo establecido en el art. 10.2 CE, de acuerdo con lo que al respecto dispone la Convención sobre los Derechos del Niño, que, en su art. 14.2, hace referencia a “los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de

sus facultades”. Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, recoge “el derecho y el deber” de los padres y tutores “de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”. Se trata, pues, de una función de orientación y de cooperación, variable en intensidad en función de la madurez del niño, pero que no puede ir dirigida a otro fin que no sea el propio interés del menor y su desarrollo integral<sup>21</sup>. No creemos que se pueda sostener en la actualidad que el uso del *hiyab* entre, en sí mismo considerado, en abierto conflicto con dicho objetivo.

En definitiva, nuestro ordenamiento protege, por un lado, el derecho de los padres a hacer proselitismo de sus creencias religiosas con sus hijos, y, por otro, el de las hijas, incluso menores, en función de su madurez, a oponerse a dicha influencia y negarse, llegado el caso, a usar el *hiyab*. Es función de los poderes públicos garantizar ambos derechos en su mayor extensión posible, y, en caso de conflicto, resolver de acuerdo con los criterios expuestos.

### c) El principio de laicidad

Como hemos visto, el TEDH ha afirmado en distintos supuestos que la prohibición del uso del velo en centros educativos no lesiona el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Buena parte de la argumentación de estas sentencias se basa en la vigencia en los correspondientes Estados del principio de laicidad (caso *Leyla Sahin contra Turquía*, apartados 99, 105, 106 y 110 de la sentencia de 2004 y apartados 113 a 116 de la sentencia de 2005; caso *Kervanci contra Francia*, apartados 66, 69, 72; caso *Dogru contra Francia*, apartados 69 y 72). Aunque excede con mucho el objetivo de este trabajo el estudio de los distintos tipos de laicidad existentes o de los diversos modos en que pueden ser reguladas las relaciones entre Estado y confesiones religiosas, debemos responder a la cuestión de si el significado que en nuestro ordenamiento adquiere el principio de laicidad autoriza también a basar en él una prohibición del velo islámico en la escuela pública<sup>22</sup>.

Como es ya sabido, el art. 16.3 CE establece que “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”. De este criterio de aconfesionalidad del Estado, el TC ha deducido un principio de neutralidad de los poderes públicos, que conforma la denominada “dimensión objetiva” de la libertad religiosa. La neutralidad religiosa del Estado español supone la prohibición para el Estado mismo de “cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso” y “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales”, impidiendo además “que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos” (STC 24/1982, f.j. 1). Por otra parte, en virtud del citado deber de neutralidad las confesiones religiosas no pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando igual posición jurídica que éste [STC 340/1993, f.j. 4.D)].

La jurisprudencia constitucional no ha interpretado, sin embargo, el principio de neutralidad en términos de estricta separación entre Estado y religión, ni de erradicación del fenómeno religioso del espacio público. Antes bien, el Tribunal Constitucional ha utilizado, como equivalente al término “aconfesionalidad”, la expresión “laicidad positiva” (SSTC 46/2001, f.j. 4; 38/2007, f.j. 5), para referirse a la actitud positiva que es exigible de los poderes públicos respecto de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, que pueden llegar a tener naturaleza asistencial o prestacional (STC 38/2007, f.j. 5).

La específica relevancia del principio de neutralidad ideológica del Estado y sus agentes en el centro escolar ha sido destacada por el TC (STC 5/1981, f.j. 9) como garantía de los derechos fundamentales de los alumnos y de sus padres. La neutralidad, sin embargo, debe predicarse de los poderes públicos, no así de los ciudadanos que se relacionan con él<sup>23</sup>. Éstos sólo se ven afectados por la neutralidad estatal en la medida en que les impide pretender de los poderes públicos aquello que vaya en con-

tra de sus postulados. El principio de neutralidad no se proyecta por tanto sobre el espacio que la escuela abarca, en sí mismo considerado, sino sobre lo que en él pueden, o no, hacer los poderes públicos. Los espacios públicos no son lugares ajenos al ejercicio de los derechos fundamentales, sino emplazamientos donde éstos pueden ser ejercidos por sus titulares, con los límites que en cada caso se impusieran, de acuerdo con la norma constitucional.

Esta diversa posición que ante el fenómeno religioso adoptan los sujetos privados y los poderes públicos es, por otra parte, la que priva de sentido la comparación que desde diversos sectores de la opinión pública se ha realizado entre el problema que nos ocupa y aquel otro relativo a la exhibición de crucifijos por los centros escolares públicos. Mientras la libertad religiosa permite a las alumnas musulmanas portar el *hiyab*, el principio de neutralidad impide a los centros escolares públicos protagonizar cualquier actitud religiosa y, por tanto, adornar sus paredes con símbolos de este tipo. No existe ninguna contradicción en ello. Así debe suceder, además, con independencia de cuál sea la religión mayoritaria profesada por los padres y sin necesidad de que alguno de ellos solicite expresamente su retirada, allá donde estén presentes, puesto que se trata de un principio constitucional cuya vigencia no puede quedar en manos de la decisión de los particulares afectados.

En definitiva, el intento de deducir del principio de aconfesionalidad del Estado un límite al lícito ejercicio de la libertad religiosa por los individuos supone en realidad una perversión de su sentido constitucional, que, como se indica en la STC 340/1993, [f.j. 4.D)], no es otro que el de actuar precisamente como garantía de este derecho.

#### d) La libertad religiosa de los alumnos no musulmanes

La prohibición del uso del *hiyab* podría justificarse si se entendiera que la Constitución reconoce un derecho a los restantes estudiantes a no verse expuestos a símbolo religioso algu-

no, incluidos aquellos utilizados por el resto de compañeros. La sede de este supuesto derecho se encontraría en la misma libertad religiosa invocada por las alumnas musulmanas como apoyo para el uso de la prenda.

Sin embargo, la libertad religiosa no puede dar cabida a una manifestación que, paradójicamente, pondría fin a todas las manifestaciones públicas de la propia libertad<sup>24</sup>. El TC ha reconocido en diversas resoluciones un derecho a no ser obligado a participar en ceremonias de índole religiosa (SSTC 177/1996, en relación con un militar y 101/2004, respecto de un policía). Esta doctrina, no obstante, no resulta de aplicación al supuesto que nos ocupa, toda vez que la presencia en clase de una alumna portadora de *hiyab* no convierte el acontecimiento en una manifestación de culto, naturaleza que sí poseen un homenaje a la Virgen y un desfile procesional (STC 101/2004, f.j. 4).

Por otra parte, el TC ha puesto de manifiesto la existencia de otros dos límites al derecho fundamental a la libertad religiosa en su dimensión externa: uno de ellos deriva de la propia libertad de creencias en su vertiente negativa y consiste en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos; el otro lo constituye “la integridad moral (art. 15 C.E.) de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues bien pudiere conllevar las mismas una cierta intimidación moral, en incluso tratos inhumanos o degradantes” (STC 141/2000, f.j. 3).

El TEDH invoca este argumento cuando, en sus resoluciones, hace referencia al Caso Dahlab contra Turquía, donde se califica el *hiyab* como un “poderoso símbolo externo”, que podría trasladar a los alumnos un mensaje difícilmente conciliable con la igualdad de género, con la necesaria tolerancia o el respeto por los otros (por todos, caso Leyla Sahin, apartado 111 de la sentencia de 2005)<sup>25</sup>. Más allá de lo criticable que resulta que el Tribunal Europeo se permita realizar consideraciones generales de este tipo acerca de una prenda utilizada legítimamente como símbolo religioso por numerosos ciudadanos europeos, el TEDH se

equivoca también al trasladar, sin más, un argumento elaborado para analizar la influencia que el velo de una profesora puede tener sobre sus alumnos pequeños, a la relación, de naturaleza totalmente distinta, entre compañeros que, además en el caso de Leyla Sahin, eran ya mayores de edad.

Ninguno de los límites arriba citados resulta en realidad aplicable al supuesto consistente en el mero uso del *hiyab* por una alumna en el aula. Este hecho no puede ser considerado en sí mismo un acto de proselitismo<sup>26</sup>. Este término aparece definido en el Diccionario de la Lengua Española como “celo de ganar prosélitos”; esto es, personas incorporadas a una religión. Asociar el simple cumplimiento de un mandato religioso como el que analizamos a una labor de proselitismo conllevaría, como se indicó con anterioridad, el riesgo de desterrar toda manifestación religiosa al espacio privado, cualquiera que fuera su naturaleza; algo que en absoluto puede encontrar apoyo en el texto constitucional. Tampoco la integridad moral del resto de miembros de la comunidad escolar se ve afectada por tal acontecimiento en los supuestos típicos de convivencia escolar.

Esto no significa que no puedan darse casos en los que el uso del *hiyab* forme parte, junto con otros elementos, de una estrategia por parte de grupos fundamentalistas destinada a presionar o intimidar a otras estudiantes que desearan no utilizarlo. Como expusimos con anterioridad, los poderes públicos deberían entonces, verificado el supuesto, perseguir y sancionar con dureza estas conductas, y proteger al mismo tiempo, y amparar, a las víctimas, reales o potenciales. La prohibición generalizada del *hiyab* se muestra, sin embargo, como una medida desproporcionada e inadecuada, cuya adopción ni siquiera parece útil para asegurar el fin de las presiones<sup>27</sup>.

### e) Otras consideraciones específicas sobre el entorno escolar

Parafraseando la doctrina del TC sobre los derechos fundamentales en el ámbito laboral, podría decirse que el ingreso de un alumno en

un centro escolar no implica para él la privación de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (STC 186/1993, f.j. 3). Los centros escolares no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad y nada legitima que los estudiantes deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional (STC 88/1985, f.j. 2). Así, la actuación del centro escolar que limita un derecho fundamental no está exenta de cumplir todos los requisitos que son exigibles, como hemos visto, a cualquier restricción de un derecho fundamental.

En el contexto escolar, la libertad religiosa no es, por lo demás, el único derecho fundamental en juego cuando se impone una sanción a una alumna por llevar el velo islámico. También debe ser tenido en cuenta, en función de las circunstancias, el derecho a la educación (art. 27 CE) pues, como señala el TC “(d) nada serviría reconocer este derecho en el texto constitucional si luego fuese posible sancionar arbitrariamente a los alumnos dentro de los centros por supuestas faltas de disciplina cuya consecuencia última pudiera ser la expulsión del centro; con ello se imposibilitaría o al menos se dificultaría el ejercicio real de ese derecho fundamental” (STC 5/1981, f.j. 28). En el mismo sentido, se ha puesto de manifiesto que el derecho de acceder al centro escolar elegido, sea público o privado, que es otra de las manifestaciones del art. 27.1 CE, “(e) encuentra, obviamente, un imprescindible correlato en la facultad de proseguir la instrucción en el mismo, de tal modo que la expulsión de la escuela, en determinadas circunstancias, puede entrañar la vulneración del derecho a la educación” (AATC 382/1996, f.j. 4; 333/1997, f.j. 4)<sup>28</sup>.

Algún autor ha destacado la posibilidad de condicionar el uso particular de símbolos religiosos como el que nos ocupa en centros escolares al correcto desenvolvimiento de la función educativa o de la actividad docente<sup>29</sup>. Aunque el argumento es correcto en sede teórica, ya que éste es un bien constitucionalmente protegido, no acertamos, sin embargo, a ver

en qué medida el mero uso pacífico del *hiyab* puede realmente alterar esa función.

También se podría plantear si la garantía de la paz social en el entorno escolar o la adecuada convivencia en el mismo justifica la prohibición del uso del *hiyab*. En este sentido, puede darse el caso de que los padres del resto del alumnado o los propios alumnos muestren, en forma más pacífica o menos, su disconformidad con la presencia del símbolo religioso. ¿Sería entonces la prohibición un medio constitucionalmente aceptable para solventar este problema de convivencia?<sup>30</sup>

A nuestro juicio, vuelve a imponerse aquí una respuesta negativa. La paz social protegida constitucionalmente en el art. 10.1 CE se fundamenta en realidad, como el propio precepto constitucional establece, en los derechos inviolables inherentes a la persona, el libre desarrollo de su personalidad y en el respeto a los derechos de los demás. Nuestra Constitución no aspira, por tanto, a proteger una paz social lograda a costa del sacrificio injustificado de los derechos fundamentales.

Por otra parte, al encontrarnos en un entorno escolar, resulta de interés también lo dispuesto por el art. 27.2 CE, según el cual “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”. La referencia a “los principios democráticos de convivencia” no autoriza a otorgar a la mayoría representada en el consejo escolar la potestad de decidir si una alumna puede o no portar *hiyab*, pues, como señala el TC, “la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática que, tal como declara el preámbulo de la Norma Fundamental, debe ser garantizada” (ATC 180/1986, f.j. 2). En definitiva, la convivencia democrática debe articularse sobre el respeto a la libertad religiosa, no a través de su sacrificio.

Sentadas estas bases, nos plantearemos a continuación si las normas de convivencia fijadas en el reglamento de régimen interior

del centro pueden actuar como fundamento jurídico suficiente para imponer un límite al derecho a la libertad religiosa de las alumnas y, por otra, el papel que al respecto puede desempeñar el correspondiente consejo escolar.

Vaya por delante que no creemos que sea correcto dejar la decisión sobre el uso del *hiyab* en los centros escolares a la autonomía del centro<sup>31</sup>. En sí misma considerada, ésta no es, por supuesto, un bien o derecho constitucionalmente protegido que pueda oponerse como tal a la libertad religiosa. Su fundamento es exclusivamente legislativo (arts. 120 a 125 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación). Tampoco se puede consentir que las posiciones jurídicas fundamentales de las personas varíen, no ya de una Comunidad Autónoma a otra, sino de un centro escolar a otro, quizás situado a escasos metros de distancia del primero.

El TC ha avalado, en unos términos ciertamente generales, la imposición por ley orgánica al discente del deber de respetar las normas de convivencia dentro del centro docente. De esta forma, el Alto Tribunal ha concluido que “(e)l incumplimiento de las normas de convivencia puede, por consiguiente, justificar suficientemente la expulsión de la escuela, sin que ello suponga en modo alguno la vulneración del derecho fundamental [a la educación]. Sólo, en suma, en los supuestos en que la sanción se haya impuesto arbitrariamente cabría plantearse la hipotética lesión del derecho en cuestión” (AATC 382/1996, f.j. 4; 333/1997, f.j. 4). A nuestro juicio, deberá ser considerada, a estos efectos, arbitraria la imposición de una sanción al ejercicio legítimo de un derecho fundamental.

Por otra parte, desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho, no creemos que el deber impuesto por la ley orgánica de acatar las normas de convivencia del centro habiliten a éstas para imponer un límite a la libertad religiosa como el que aquí se estudia. Como hemos visto, la Constitución reserva a la Ley orgánica la fijación de límites a los derechos fundamentales. Se vulnera con claridad esta reserva legal establecida constitucional-

mente cuando se deja a la decisión del reglamento interno de un centro escolar la vigencia en éste de una determinada manifestación de un derecho fundamental.

En relación con los supuestos a los que hacíamos referencia al inicio de este trabajo, cabe señalar que, negando la aplicabilidad al *hiyab* de la norma que prohíbe el uso en clase de cualquier prenda que cubra la cabeza, no tratamos de manera discriminatoria otros supuestos; pues, como es sabido, sólo existe discriminación cuando nos encontramos ante un trato desigual carente de justificación objetiva y razonable. En este caso, los supuestos de hecho eventualmente comparables —piénsese, por ejemplo, en el uso de una gorra y del *hiyab*— no son homogéneos; no admiten en realidad comparación relevante a los efectos del art. 14 CE, en la medida en que uno —el *hiyab*— es una manifestación religiosa protegida por el art. 16 CE, mientras que el otro —el gorro— es, en condiciones normales, una expresión del genérico principio de libertad, más expuesto a las limitaciones normativas que los derechos fundamentales. El trato desigual que consistiría en la no aplicación de esta norma al uso del *hiyab* se encontraría, por tanto, justificado por la necesidad de proteger el derecho a la libertad religiosa de la alumna que decide portarlo.

No se puede aceptar tampoco el discurso político hecho llegar a los medios de comunicación, en el sentido de que la autonomía de los centros escolares obliga a la Administración educativa a no entrar en la solución ofrecida al conflicto por el director y por el consejo escolar del centro. Los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos (art. 53.1 CE), lo que significa que éstos deben, por un

lado, abstenerse de cualquier acción u omisión lesiva del derecho y, por otro, protegerlos en caso de que hayan sido cuestionados. Es por ello que, en este caso, frente a la resolución del Consejo Escolar, cabe recurso ordinario ante el Director provincial, en los términos del art. 56 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros.

Abandonando finalmente el plano nacional del que nos hemos venido ocupando, queremos poner de manifiesto las dificultades a las que se enfrentarían para pasar el filtro del TEDH las prohibiciones sobrevenidas, esto es, aquellas que carecen de base normativa anterior a la verificación del supuesto de hecho. Con base en el art. 9 CEDH, el Tribunal Europeo examina si la injerencia en el derecho a la libertad religiosa se encuentra “prevista por la Ley”. Esta expresión, a juicio del Tribunal, impone que el límite encuentre su fundamento en la legislación interna, entendido el término en su sentido material y no formal, como Derecho escrito, aun de rango infralegislativo, o incluso Derecho jurisprudencial. En todo caso, sin embargo, la ley debe ser accesible al ciudadano y previsible (por todas, Sentencia de 29 de junio de 2004, *Caso Leyla Sahin contra Turquía*, apartados 74, 77 y 81). En este sentido, podrían contravenir las exigencias del CEDH las modificaciones de los reglamentos internos de los centros escolares que se realicen “ad hoc”, con posterioridad a la aparición en el centro escolar de una alumna musulmana con *hiyab*, especialmente si tenemos en cuenta la inexistencia de una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo o Tribunal Constitucional sobre la cuestión.

## NOTAS

1. REY MARTÍNEZ, F.; “El problema constitucional del hijab”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 10, octubre 2010, P. 4. Tampoco puede perderse de vista que, en el ámbito internacional, otros órganos, como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o el Parlamento Europeo han apelado a la necesidad de respetar el uso de estos símbolos por la mujer, como parte de su libertad religiosa (véanse los ejemplos citados en CAÑAMARES ARRIBAS, S.; *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 185-186).

2. Para un análisis de la situación en Derecho comparado, pueden consultarse entre otros MORENO BOTELLA, G.; “Libertad religiosa y neutralidad escolar. (A propósito del crucifijo y otros símbolos de carácter confesional)”, *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 58, núm. 150, enero-junio 2001, pp. 193 y ss.; CAÑAMARES ARRIBAS, *op.cit.*, pp. 67 y ss.; CACHO SÁNCHEZ, Y.; “La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2005, Leyla Sahin c. Turquía”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 9, febrero 2006, pp. 3-8.
3. Véase esta posición reflejada en RUIZ MIGUEL, C.; “Disciplina en la escuela y crisis”, *ABC Galicia*, 9 de abril de 2011 (<http://www.abc.es/20110409/comunidad-galicia/abcp-ruiz-miguel-disciplina-escuela-20110409.html>).
4. Sobre este argumento véase NARANJO DE LA CRUZ, R.; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, pp. 51-54.
5. Véase al respecto, por todos, ALENDA SALINAS, M.; “La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, septiembre 2005, pp. 4-5 y MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M.; “El velo islámico: contexto y significado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI, 2010, pp. 845-847.
6. En contra, ALAEZ CORRAL, B.; “Símbolos religiosos y Derechos Fundamentales en la relación escolar”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, enero-abril 2003, p. 96.
7. Otros autores sitúan esta manifestación en el derecho fundamental a la propia imagen. En este sentido, por todos, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (con la colaboración de M.<sup>a</sup> C. LLAMAZARES CALZADILLA); *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, 3ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 47-48.
8. En contra de la exigencia de ley orgánica, BARRERO ORTEGA, A.; *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 189-190.
9. Un estudio en profundidad de esta doctrina, en NARANJO DE LA CRUZ, *op.cit.*, pp. 72-159.
10. Acerca de esta cuestión, FRAILE ORTÍZ, M.; “Detrás del velo: algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, enero-abril 2005, pp. 205-206; TUR AUSINA, R.; “Menores y simbología religiosa en los espacios educativos. La necesidad de priorizar el enfoque de la neutralidad estatal y la perspectiva de género”, inédito, 28 pp. (Leído por cortesía de la autora).
11. Véase este argumento en RIVAS PALÁ, P.; “Laicismo y sociedad liberal. Notas sobre la prohibición del ‘foulard islamique’ en las escuelas francesas”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 73, 2004, pp. 226-227; MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, *op.cit.*, pp. 847-852; MORENO ANTÓN, M.; *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007, pp. 153-154; CACHO SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 32.
12. Véase en este sentido el Voto Particular de la Juez Tulkens a la Sentencia de la Gran Sala en el caso Leyla Sahin contra Turquía (apartado 11); REY MARTÍNEZ, *op.cit.*, pp. 5 y 7-10.
13. La prevalencia de la libertad de la mujer, en el Voto Particular de la Juez Tulkens a la Sentencia de la Gran Sala en el caso Leyla Sahin contra Turquía (apartado 12). Esta misma posición puede verse en PRIETO ÁLVAREZ, T.; *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas/Thomson, Madrid, 2010, p. 158; MORENO ANTÓN, *op.cit.*, p. 159. Para TUR AUSINA, “tanto obligar o condicionar el uso del velo, como prohibirlo no son, sino dos modos distintos, con justificaciones también diversas, de atentar contra la libertad de elección de las mujeres” (*op.cit.*, p. 26).
14. Véanse el Voto Particular de la Juez Tulkens a la Sentencia de la Gran Sala en el caso Leyla Sahin contra Turquía (apartado 112) y REY MARTÍNEZ, *op.cit.*, p. 10.
15. Siguen esta línea RIVAS PALÁ, *op.cit.*, p. 225.
16. Cfr. PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 134. TUR AUSINA considera la prohibición del velo como una medida “estéril e igualdad censurable desde una perspectiva de género” (*op.cit.*, p. 26). Abogan por la prohibición en los supuestos de

contextos sociales no respetuosos con la libertad de la mujer que imposibilitan a ésta adoptar una decisión autónoma al respecto, GUILLÉN LÓPEZ, E.; “La inescrutabilidad de los caminos del Señor. Comentario de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Leyla Sahin c. Turquía” (nº 44771/98 de 29/06/2004)”, *Revista española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, julio-diciembre 2004, p. 269; CACHO SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 32.

17. PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, pp. 133-134.

18. Véase este argumento, entre otros, en LASAGABASTER HERRARTE, I.; “El velo islámico en la Universidad Turca: nota a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2004, Sahin c. Turquía”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, septiembre-diciembre 2004, p. 391; FRAILE ORTÍZ, *op.cit.*, p. 212; PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, pp. 158-159; TUR AUSINA, *op.cit.*, p. 22.

19. En este sentido, RIVAS PALÁ, *op.cit.*, p. 227. Sobre el papel de los padres en la formación religiosa de sus hijos, véase ALÁEZ CORRAL, B.; *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 219 y ss.

20. Sobre la libertad religiosa del menor, BARRERO ORTEGA, *op.cit.*, pp. 165 y ss. Acerca del criterio del interés del menor, ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 61 y ss. Para TUR AUSINA, el interés del menor se halla “ligado, inexcusablemente, a la continuidad en su proceso educativo con los menores costes sociales y personales posibles y al objeto de contribuir a la realización integral del menor como persona” (*op.cit.*, p. 22).

21. Véase al respecto, por todos, MORENO ANTÓN, *op.cit.*, pp. 67 y sigs.

22. Véase una respuesta negativa, en FRAILE ORTIZ, *op.cit.*, p. 12; RIVAS PALÁ, *op.cit.*, pp. 226-227; MORENO ANTÓN, *op.cit.*, p. 160; REY MARTÍNEZ, *op.cit.*, p. 12; TUR AUSINA, *op.cit.*, pp. 12-13.

23. Cfr. en este sentido, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *op.cit.*, p. 381; PRIETO ÁLVAREZ, pp. 203 y ss. y 213-220; MORENO ANTÓN, *op.cit.*, p. 160.

24. Para PORRAS RAMÍREZ, el derecho a la libertad religiosa sí abarca, cuando menos, el derecho del alumno a pedir ser apartado de los símbolos religiosos portados por otros alumnos (PORRAS RAMÍREZ, J.M.<sup>a</sup>; “Laicidad y multiculturalismo, con especial referencia a la problemática suscitada en el ámbito educativo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 11, 2008, pp. 130-131). También entraría en juicio, a juicio del autor, el derecho reconocido a los padres en el art. 27.3 CE a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (*ibidem*, p. 131). A nuestro juicio, sin embargo, no se puede atribuir al uso del *hiyab* por una alumna el significado formativo que requiere este precepto.

25. Una posición crítica con lo afirmado por el TEDH en el caso Dahlab, en el Voto Particular de la Juez Tulkens a la Sentencia de la Gran Sala en el caso Leyla Sahin contra Turquía (apartado 12); REY MARTÍNEZ, *op.cit.* p. 5.

26. En este sentido, PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 221; MORENO ANTÓN, *op.cit.*, p. 161.

27. En este sentido, PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 221. CAÑAMARES ARRIBAS entiende que la libertad religiosa de los demás alumnos justifica la limitación del uso del *hiyab* “en aquellos casos en que se emplee como instrumento de dominación, sometimiento, etc.” (*op.cit.*, pp. 49-50).

28. Sostiene la falta de proporcionalidad de la medida prohibitiva, por excluir a la menor del sistema educativo, REY MARTÍNEZ, *op.cit.*, pp. 10-11.

29. PORRAS RAMÍREZ, *op.cit.*, p. 133; ALÁEZ CORRAL, *Minoría...*, pp. 198-199 y 203-204; LEMA TOMÉ, *op.cit.*, p. 332; PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 143.

30. Una respuesta afirmativa, en PORRAS RAMÍREZ, *op.cit.*, p. 133.

31. Al respecto, REY MARTÍNEZ, *op.cit.*, p. 2. En sentido contrario, PORRAS RAMÍREZ, *op.cit.*, pp. 129 y 134; PRIETO ÁLVAREZ, *op.cit.*, pp. 179-183.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALÁEZ CORRAL, B.; *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- “Símbolos religiosos y Derechos Fundamentales en la relación escolar”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, enero-abril 2003, pp. 89-125.
- ALENDASALINAS, M.; “La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, septiembre 2005, pp. 1-26.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.; *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006.
- BARRERO ORTEGA, A.; *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- CACHO SÁNCHEZ, Y.; “La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2005, Leyla Sahin c. Turquía”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 9, febrero 2006, pp. 1-35.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S.; *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- FRAILE ORTÍZ, M.; “Detrás del velo: algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, enero-abril 2005, pp. 203-229.
- GUILLÉN LÓPEZ, E.; “La inescrutabilidad de los caminos del Señor. Comentario de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ‘Leyla Sahin c. Turquía’ (nº 44771/98 de 29/06/2004)”, *Revista española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, julio-diciembre 2004, pp. 263-271.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.; “El velo islámico en la Universidad Turca: nota a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2004, Sahin c. Turquía”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, septiembre-diciembre 2004, pp. 383-394.
- LEMA TOMÉ, M.; *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (con la colaboración de M.<sup>a</sup> C. LLAMAZARES CALZADILLA); *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, 3ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007.
- MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M.; “El velo islámico: contexto y significado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI, 2010, pp. 835-857.
- MORENO ANTÓN, M.; *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007.
- MORENO BOTELLA, G.; “Libertad religiosa y neutralidad escolar. (A propósito del crucifijo y otros símbolos de carácter confesional)”, *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 58, núm. 150, enero-junio 2001, pp. 173-218.
- PORRAS RAMÍREZ, J.M.<sup>a</sup>; “Laicidad y multiculturalismo, con especial referencia a la problemática suscitada en el ámbito educativo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 11, 2008, pp. 117-137.
- PRIETO ÁLVAREZ, T.; *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas/Thomson, Madrid, 2010.
- REY MARTÍNEZ, F.; “El problema constitucional del hijab”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 10, octubre 2010, pp. 1-11.
- RIVAS PALÁ, P.; “Laicismo y sociedad liberal. Notas sobre la prohibición del ‘foulard islamique’ en las escuelas francesas”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 73, 2004, pp. 217-232.
- TUR AUSINA, R.; “Menores y simbología religiosa en los espacios educativos. La necesidad de priorizar el enfoque de la neutralidad estatal y la perspectiva de género”, inédito, 28 pp. Leído por cortesía de la autora.

Fecha de recepción: 9 de febrero de 2011

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011





# EN DEFENSA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: ANÁLISIS DEL CASO DE “BILDU”

Tomás S. Vives Antón

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universitat de València

**Sumario:** 1. Introducción. A. El debate político. B. El debate jurídico. 2. Sentencia y votos particulares: análisis de la discrepancia. A. Sobre el alcance de la jurisdicción constitucional: planteamiento del tema. B. El núcleo de la discrepancia. C. El canon de enjuiciamiento constitucional. D. La prohibición de conocer de los hechos. E. Un razonamiento adicional. 3. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Me propongo analizar tanto el debate político surgido a raíz del enjuiciamiento constitucional de las candidaturas de la coalición *Bildu* a las elecciones municipales y autonómicas de 2011, cuanto la discusión plasmada en la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de Mayo de 2011 (*Tol 2904828*) que le puso fin. Con ese análisis espero poder mostrar, de una parte, que el debate político se desarrolló sobre premisas incorrectas y que la sentencia que resolvió el asunto era la única jurídicamente posible y, por lo tanto, la única deseable si queremos seguir siendo un Estado de Derecho.

### A. EL DEBATE POLÍTICO

El debate político acerca de la ilegalización de las listas de la coalición electoral *Bildu* ha estado condicionado por la sospecha, ampliamente difundida en la sociedad española, de que *Bildu* pudiera ser una estrategia de

E.T.A. para comparecer a las elecciones e infiltrarse en las instituciones públicas. Desde luego, esa sospecha se hallaba avalada por unos antecedentes históricos que no permiten depositar una confianza sin reservas en el entorno “abertzale”, que tantas veces ha sido un instrumento en manos de la organización terrorista; pero, sobre esa base, tanto la mayoría de los medios de comunicación de masas como la de los partidos políticos han llevado a cabo una campaña, previa a la decisión del Tribunal Constitucional, desenfocada o, más bien, enfocada en función de sus intereses y no dirigida a la finalidad, que la Constitución les atribuye, de formar una opinión pública ilustrada, esto es, reflexiva y esclarecida racionalmente.

Las ideas que se han barajado en esa campaña son varias, a saber: en primer lugar, la de que el Tribunal Constitucional podía y debía bendecir la ilegalización de *Bildu* acordada por el Tribunal Supremo, porque, de manera evidente, la coalición respondía a los designios de E.T.A. y, en consecuencia, era un

instrumento de E.T.A.. De modo que, si el Tribunal Constitucional anulaba la decisión del Supremo, actuaba como un simple instrumento de los deseos del Gobierno. Algún partido, el PNV, fue mucho más allá: para él, en cualquier caso, es decir, hiciera lo que hiciese, el Tribunal Constitucional pondría de manifiesto su dependencia del Gobierno, operando con una presunción absoluta, de tal manera que ningún hecho o ninguna reflexión podía refutarla, dado que el carácter de instrumento del Gobierno se predicaba del Tribunal Constitucional como algo definitorio, pese a que en el ordenamiento constitucional se afirme, justamente, lo contrario.

Dejando aparte esa singular posición (de un partido que olvida que, con una postura de desprecio a la independencia del Tribunal Constitucional, hizo ya el ridículo en el caso del Plan Ibarretxe —vid. ATC. 135/2004— por un supuesto agravio histórico, que puede explicar su actuación, pero no justificarla), otras no han sido mucho más correctas. Pues, de una parte, los partidos políticos forman parte del mismo sistema de instituciones que el Tribunal Constitucional, es decir, del sistema democrático definido por la Constitución, en el que les corresponde la función de designar a la mayoría de sus miembros, con lo que, al descalificarlos como dependientes del Gobierno, no hacen sino descalificarse a sí mismos; y, de otra, algunos de los medios de comunicación, a los que la Constitución encomienda la formación de la opinión pública mediante la difusión de información veraz, se colocan al margen de ese cometido: no solo difunden la idea falsa de que una sospecha, por verosímil que parezca a la mayoría, basta para declarar la ilegalidad de una coalición electoral; sino que transforman esa sospecha en una verdad absoluta, a partir de la cual la discrepancia descalifica a cualquiera que se atreva a sostenerla, incluidos, por supuesto, los altos magistrados.

Sobre la base de estas ideas, propagadas con ocasión de este asunto y de muchos otros que le anteceden, un amplio sector de la población proyecta sobre los Tribunales en general y sobre el Tribunal Constitucional en particular la

idea de que tenemos una justicia politizada, dependiente de la política y de los políticos; de una justicia que no es imparcial y, por lo tanto, no merece, en realidad, ese nombre.

De ninguna manera pretendo negar que haya casos de parcialidad. Los hay, y los propios Tribunales han reconocido y depurado algunos; pero, de ahí a afirmar que generalmente la justicia esté “politizada” y sea, en consecuencia, generalmente parcial, hay un abismo; y si la idea de politización se proyecta singularmente sobre el Tribunal Constitucional es porque se malentende la función de los jueces en general y la del Tribunal Constitucional en particular.

Digo que se malentende la función de los jueces en general porque (dejando aparte aquellos, que no son pocos, que los conciben tan inadecuadamente como a los árbitros de fútbol, que solo les agradan cuando juegan a su favor) un sector muy importante del público, incluso del público cultivado (o, que, al menos, debería estarlo por su formación académica), no entiende que haya diferencias de criterio de unos jueces a otros. Se dice: “si la ley es una ¿cómo es posible que los jueces la interpreten de modos diferentes y hasta opuestos?”. Con ese planteamiento, se olvida algo tan elemental como que las reglas jurídicas tratan de resolver los conflictos que se producen en el curso de la vida humana social. Esos conflictos son, como todo el mundo sabe, susceptibles de interpretaciones diversas; pero es que, a su vez, las reglas con arreglo a las cuales deben solventarse esos conflictos no son ni pueden ser como las reglas del cálculo aritmético o las leyes científicas; sino que se expresan con oraciones del lenguaje común que son, como los mismos conflictos que regulan, susceptibles de interpretaciones diversas. Esa diversidad de interpretaciones posibles no puede eliminarse, aunque el sistema jurídico podría reducirla de un modo cuantitativamente muy significativo, si dispusiera de mecanismos unificadores de doctrina jurisprudencial, cosa de la que nuestro sistema carece. Sería necesario establecer la vinculación al precedente, en términos semejantes a los que rigen en los sistemas anglosajones, a más de atribuir a un órgano supremo

la tarea de unificar los criterios dispares. La introducción de tales mecanismos reduciría, desde luego, las discrepancias; pero, no podría eliminarlas, por la naturaleza misma de los problemas que han de resolver las reglas y la de la forma en que necesariamente han de expresarse.

En cuanto al Tribunal Constitucional la posibilidad de confusión aumenta, pues sus jueces son, por decisión de la Constitución, jueces que deciden acerca de la legitimidad o ilegitimidad de cuestiones que forman parte del proceso político. Desde ese presupuesto, resulta difícil para el público en general, efectuar la distinción entre decisiones políticas y decisiones jurídicas. Ha de entenderse que unas, las decisiones políticas, atienden a la satisfacción de nuestros deseos e intereses y, las otras, las jurídicas, versan sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de ciertas reglas, en este caso las normas constitucionales, que determinan hasta qué punto es legítimo satisfacer esos deseos e intereses.

De modo natural, los ciudadanos colocan en el primer plano de su atención la satisfacción de sus deseos e intereses inmediatos y eso determina que les resulte difícil entender la necesidad de limitar su satisfacción en cumplimiento de las normas constitucionales. Edward S. Corwin distinguía las libertades civiles de las libertades constitucionales diciendo que “nosotros gozamos *de libertad civil* porque el Gobierno impone restricciones a nuestros vecinos para defendernos y *de libertad constitucional* porque el poder del Gobierno para imponernos restricciones tiene límites constitucionales” (*Liberty against Government*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1948, pág. 7). Pues bien, en la actualidad los ciudadanos perciben inmediatamente la importancia de las libertades civiles, mediante las que pueden realizar sus deseos y defender sus intereses; pero, en la medida en que no viven bajo un poder tiránico, el valor de las libertades constitucionales no se percibe con la misma intensidad; sino que, por el contrario, a menudo pasa desapercibido.

Las reglas constitucionales, por otra parte son, contramayoritarias, en el sentido de que, en un sistema democrático, protegen los derechos de las minorías frente a las extralimitaciones del poder mayoritariamente elegido. Por eso, en muchas ocasiones, una gran parte de los ciudadanos no entiende ni su utilidad ni siquiera, ni siquiera, su sentido.

Por todo ello, sólo en los que han soportado directamente los excesos de un poder sin límites puede aparecer, si no han olvidado esa experiencia, la sensibilidad adecuada hacia el valor y el sentido de las reglas constitucionales de una manera natural. A todos los demás hay que explicarles, de modo que puedan comprender, e incluso ilustrarles con historias e imágenes que se la hagan sentir, la necesidad de esas reglas, no solo para los ciudadanos o las minorías que ocasionalmente resultan protegidos por ellas, sino para todos y cada uno de los miembros de una sociedad democrática.

Aplicando esa reflexión al caso concreto, antes y después de la sentencia del Tribunal Constitucional acerca de *Bildu*, se ha dicho que la estimación del amparo sería una catástrofe para la democracia. Pues bien: al analizar la sentencia y sus votos particulares me propongo mostrar todo lo contrario, esto es, que la desestimación del amparo hubiera proyectado una densa sombra sobre nuestro sistema democrático.

## B. EL DEBATE JURÍDICO

Antes de analizar particularizadamente la sentencia y someter a estimación crítica los fundamentos de la decisión de la mayoría y las razones de los votos particulares debo hacer una reflexión general sobre los términos del debate, destacando, en primer lugar, el respeto con el que todos se produce y, en segundo lugar, la que pudiéramos llamar asepsia con que se expresan: me refiero a que, tanto la mayoría como los votos particulares no aluden a ideologías ajenas al derecho ni manifiestan ninguna concepción global previa acerca de los acontecimientos de los que en la causa se trata, sino que se atienen a los elementos que

proporciona la causa (*quod non est in actis non est in mundo*) enjuiciados por medio de razonamientos, acertados o no; pero, en cualquier caso, estrictamente jurídicos. De modo que los magistrados no tratan de satisfacer ninguna de las expectativas puestas de manifiesto en el debate político; sino sólo de aplicar a la cuestión la Constitución Española de 1978.

En consecuencia, nadie sostiene que se pueda excluir del proceso electoral a la coalición recurrente por ninguna de las muchas sospechas que pudieran albergarse acerca de su carácter de instrumento de E.T.A.; sino que el debate versa sobre si la jurisdicción constitucional puede apreciar la existencia o inexistencia de pruebas de los hechos en virtud de los cuales se solicita la exclusión del proceso electoral; y, dado que pueda hacerlo, si en las actuaciones existen, desde la perspectiva de la Constitución, tales pruebas.

Nada que ver, por tanto, con el debate político, por más que la solución dada por el Tribunal pueda gustar a algunos (pocos) de los que participaron en ese debate y disgustar, en cambio, a la mayoría de los que intervinieron en él. De ahí cabe extraer la conclusión, siquiera sea provisionalmente, de que el Tribunal no fue instrumento de nadie o, al menos, de que no hay buenas razones para estimar que lo fue.

A lo que quisiera añadir una reflexión acerca de las acusaciones de parcialidad que se lanzan sobre el Tribunal. Esas acusaciones se basan, sobre todo, en la idea de que los Magistrados, en el ejercicio de su función, defenderán los intereses del partido que los propuso. La lectura de la jurisprudencia constitucional pone de manifiesto paladinamente que eso no es así y que los Magistrados, cualquiera que sea su origen, anulan las leyes o actos de los partidos que les nombraron cuando los entienden contrarios a la Constitución: y eso sucede muy a menudo.

Ciertamente, los partidos procuran proponer como Magistrados a personas que hayan manifestado un modo de entender el Derecho compatible con la ideología del partido que

los propone; y, como hay normas constitucionales que, en algunos casos-límite, permiten interpretaciones diversas (y, si no las permitieran, no resultaría posible el pluralismo que la propia Constitución consagra) se producen a menudo discrepancias en las que los Magistrados se alinean según su modo de concebir el Derecho; pero, esas alineaciones casi nunca se llevan a cabo estrictamente en función del partido que hubiera efectuado la propuesta de nombramiento: lo que sucede generalmente es que se produce una alineación asimétrica desde esa perspectiva (como ha ocurrido en el caso que se comenta) que responde, como no puede ser de otra manera, al modo en que cada uno entiende el Derecho, que guarda cierta relación con la ideología genérica del partido que lo nombró; pero que no conduce en absoluto a que sus decisiones coincidan con los intereses particulares de éste.

## 2. SENTENCIA Y VOTOS PARTICULARES: ANÁLISIS DE LA DISCREPANCIA

### A. SOBRE EL ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En su voto particular discrepante, el Magistrado D. Francisco Pérez de los Cobos expresa su disenso en los siguientes términos:

“La principal razón de mi discrepancia radica en que, a mi juicio, el Tribunal ha incurrido en la Sentencia dictada en un exceso de jurisdicción, rebasando los límites que para el control de constitucionalidad dimanaban tanto del art. 44.1 b) como del art. 54 de nuestra Ley reguladora.

De acuerdo con el primer precepto legal, para que las violaciones de los derechos y libertades que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial sea susceptible de amparo, es necesario que ‘la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional’. De acuerdo con

el segundo, cuando el Tribunal conozca 'del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales'.

(...)

Pues bien, a mi entender, la sentencia de la que discrepo, al revisar la prueba que ha servido al Tribunal Supremo para detectar la situación fraudulenta, ha incurrido en el exceso de jurisdicción que denuncio. En contra de nuestra propia doctrina sobre la prueba de indicios en los supuestos de fraude electoral (SSTC 110/2007, de 10 de Mayo, F.J.8; 112/2007, F.J. 4; 31/2009, de 29 de Enero, F.J.4), la Sentencia hace un análisis fragmentario de los indicios utilizados por el Tribunal Supremo, revisa y minimiza el valor probatorio otorgado a algunos de ellos, elude la valoración conjunta que el sistema de indicios exige y viene, al cabo, a sustituir la determinación de los hechos realizada por el Tribunal Supremo por otra propia”.

Como se aprecia con la simple lectura de los párrafos transcritos, el voto particular se apoya, en primer término, en la objeción central y nuclear de falta de jurisdicción del Tribunal Constitucional e invasión de las competencias de la jurisdicción ordinaria; y como causas derivadas y complementarias, en la apreciación individualizada y no conjunta de los supuestos indicios y en la minimización del valor probatorio de los mismos. Resume, así las objeciones propuestas por los demás Magistrados, formulándolas de un modo conciso que facilita el examen que a continuación se emprende.

## B. EL NÚCLEO DE LA DISCREPANCIA

Para percatarse de la juridicidad y entidad de esa objeción basta transcribir cuanto dice, al efecto, el fundamento jurídico 4 de la STC 31/2009, de 26 de Febrero (*Tol 1445193*), última de las que cita el Magistrado en apoyo de su criterio:

“Al pronunciarnos sobre esa específica cuestión “hemos de repetir que no se puede pretender de esta Sala la revisión de las pruebas practicadas en el proceso, ni la de la valoración judicial que las mismas han merecido del Tribunal Supremo, pues en otro caso, con infracción del principio de exclusividad de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE), incurriríamos en un claro exceso de nuestra jurisdicción constitucional. En este

ámbito nos corresponde examinar si el tipo de hechos y conductas considerados por la Sala sentenciadora tiene encaje razonable en la Ley aplicada al caso y si, de manera motivada y suficiente, se ha tenido por satisfecha la exigencia de que la ilegalización de un partido político sólo puede obedecer a la convicción judicial fundada de que la asociación constituida bajo la veste cualificada de un partido político no es verdaderamente tal por no ajustarse al concepto constitucional de partido ex art. 6 CE” (STC5/2004, de 16 de enero, FJ 17). Según explicamos en esa misma resolución, “dada la índole de nuestra jurisdicción en este ámbito, y la particularidad añadida a tales limitaciones de que la prueba requerida por la Ley Orgánica de partidos políticos para decretar la disolución de un partido político debe ir referida a hechos y conductas reiterados y graves, ha de descartarse en este contexto la valoración individualizada y singular de cada una de las pruebas llevadas al proceso, ... pues esa pretendida valoración individualizada de cada una de las pruebas es tarea que no nos corresponde, imponiéndose, por el contrario, ... el enjuiciamiento global, sintético y de conjunto de la prueba. La labor fiscalizadora propia de este Tribunal en el ámbito concreto de la actividad probatoria no puede desencadenar una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo en este caso por el Tribunal Supremo, pues los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino únicamente realizar un examen general y contextualizado de la valoración probatoria llevada a cabo por el órgano judicial (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14). Este principio de valoración global y de conjunto de la prueba resulta reforzado... en supuestos como el que nos ocupa, dada la diversidad de los hechos enjuiciados y la dificultad de la prueba de muchos de ellos” (STC5/2004, FJ 10).

En definitiva, “precisar ahora si, en particular, los actos y conductas singulares ... son o no encuadrables en las causas legales apreciadas por el Tribunal Supremo es cuestión que con toda evidencia excede de la jurisdicción de este Tribunal Constitucional. La concreta subsunción de los hechos probados en esas causas es, en efecto, cuestión de estricta legalidad ordinaria, cuyo respeto por esta Sala no sólo resulta de la lógica que preside la articulación entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria, sino, antes aún, de la imposibilidad misma de que el Tribunal Constitucional ocupe el lugar del Tribunal Supremo en la tarea de subsumir una pluralidad de hechos y conductas complejos en un sistema de causas legales que requieren de una valoración global y de conjunto de aquella realidad fáctica, con cuanto ello significa en términos de la especial relevancia que aquí ha de jugar el principio de inmediatez” (STC/2004, FJ 17).

Algunos antecedentes parecen, desde luego, justificar el criterio propuesto por el Magistrado; pero, la cuestión no resulta tan clara si se consultan otros. Así, en el fundamento jurídico 7 de la STC 126/2009, de 31 de Mayo, (Tol 1533294), dictada por la misma Sala del Tribunal en fecha muy cercana a la anterior, se afirma lo siguiente:

“Como recordamos en la STC 43/2009, de 12 de febrero, FJ 11, con cita de la STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 10, la perspectiva de enjuiciamiento a la que hemos de ceñirnos es la limitada a “examinar si la convicción alcanzada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo ha lesionado el derecho del partido recurrente a participar en los asuntos públicos”, en el entendido de que, “como hemos declarado en la STC 85/2003, de 8 de mayo (FJ 29), y reiteramos en la STC 68/2005, de 21 de marzo (FJ 11), ‘sólo nos cabe revisar la apreciación de la Sala del art. 61 LOPJ en aquellos supuestos en los que, desde los propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo, la convicción alcanzada pugne con un derecho constitucionalmente relevante; en el caso el derecho de sufragio pasivo. En definitiva, estando en juego la efectividad del ejercicio de un derecho fundamental, este Tribunal Constitucional, ponderando los derechos individuales en presencia y el interés general del Ordenamiento en la sujeción de los procedimientos electorales al principio de legalidad, debe verificar aquella revisión con arreglo a un canon decisorio cuyo contenido ha de depender de la apreciación conjunta de una pluralidad de magnitudes y referencias que permitan inferir, de modo razonable y no arbitrario, [que las candidaturas excluidas del] procedimiento electoral ha[n] actuado, de hecho, como continuadora[s] de la actividad de los partidos ilegalizados”.

En todo caso es conveniente advertir que la apreciación conjunta de la prueba ha de basarse en elementos que por sí mismos puedan merecer el valor de indicios válidos, bien porque directamente lo sean, bien porque en unión de otros elementos de prueba puedan llegar a alcanzar ese valor. De este modo, si a los diversos elementos de partida no se les puede atribuir una valoración como indicios, la suma de elementos carentes de esa virtualidad no podría atribuir al conjunto un valor probatorio.

Por lo demás el propio juicio sobre el valor indiciario de un determinado elemento debe ser respetuoso con los derechos fundamentales, lo que veda la atribución de valor indiciario de una maniobra fraudulenta a lo que sea simple manifestación del ejercicio de un derecho fundamental. Al propio tiempo la atribución de valor indiciario a un determinado elemento de prueba no puede asentarse en una inferencia valorativa excesivamente abierta.

En suma puede afirmarse así, y en concreto en lo que a este proceso interesa, que la efectividad del ejercicio

del derecho de sufragio pasivo impone que, a la hora de apreciar la razonabilidad de la inferencia de que se haya producido una instrumentación fraudulenta de la candidatura presentada por la coalición recurrente, tal inferencia debe resultar sólida y no excesivamente abierta (SSTC 83/2005, de 8 de mayo, FJ 29; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 17; 112/2007, de 10 de mayo, FJ 9; 44/2009, de 12 de febrero, FJ 14), lo que debemos tener en cuenta para poder afirmar la instrumentación fraudulenta de la candidatura presentada por la coalición recurrente”.

Aquí parece afirmarse lo contrario de cuanto dice el Magistrado y parecen decir las resoluciones en que se apoya; más este análisis no puede quedarse en esa constatación superficial de la existencia de razonamientos que a primera vista contradictorios, sino que ha de profundizar en el análisis de la cuestión para ver si, poniendo cada uno de los pronunciamientos en el contexto en que surgen, puede resolverse la contradicción en uno u otro sentido. De modo que, antes de continuar desarrollando este epígrafe, es preciso esclarecer algunas cuestiones indispensables para poder transitar con un bagaje más sólido por el mundo de razones que giran en torno al alcance y contenido de la jurisdicción constitucional.

### C. EL CANON DE ENJUICIAMIENTO CONSTITUCIONAL

El alcance de la jurisdicción constitucional viene dado por el *standard* o canon de enjuiciamiento que emplee ante cada problema. Ese canon no se determina a capricho, sino que viene avalado por una tradición amparada en buenas razones. De modo que cuando un Tribunal Constitucional sigue esta tradición no hace lo que quiere sino aquello a lo que está obligado; y, cuando se separa de ella, ha de ser por razones tan relevantes que hagan obligado no seguirla.

Todos los Tribunales Constitucionales europeos, incluido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, traducen a sus respectivos contextos la tradición constitucional más antigua y, por lo tanto, con mayores y más concretos contenidos que existe, a saber, la del Tribunal Supremo Federal norteamericano cuando ejerce la jurisdicción constitucional.

Pues bien, el Tribunal Supremo Federal norteamericano emplea diversos tipos de escrutinio según la naturaleza de problema que tenga que enjuiciar. Así, se habla de un escrutinio ordinario o simple, que utiliza como canon únicamente la razonabilidad del acto impugnado, un escrutinio intermedio, que recurre al canon de proporcionalidad y un escrutinio estricto, que es el procedente cuando están en juego las libertades previstas en el *Bill of Rights* y, singularmente, las contenidas en la Primera Enmienda (“The Oxford of Companion of the Supreme Court of the United States”, Oxford Univeristy Press, New York, 1992, págs. 70 y ss., 663-664 y 845.)

El escrutinio estricto supone que la presunción de constitucionalidad que generalmente acompaña a la ley o acto impugnado decae; y, en su lugar, es objeto de una presunción de inconstitucionalidad que obliga al Gobierno que lo defiende a probar que se halla justificado y al Tribunal que enjuicia la constitucionalidad a comprobar por sí mismo la validez de esa prueba. (Tribe, L.H., “American Constitution Law”, The Fundation Press, New York, 1988, págs. 832 y ss.; “Hart and Wechsler’s: The Federal Courts and The Federal System”, Fallon, Meltzer y Shapiro, The Fundation Press, New York, 1996, págs. 606 y ss.).

Por su parte el TDEH, en su Sentencia 9/2005, de 23 de Febrero (*Tol 735444*), números 44 a 51, al enjuiciar el caso Partido Comunista c. Rumanía, comienza afirmando (núms. 44 y 45) que la protección de la libertad de opinión constituye uno de los objetivos de la libertad de asociación política, indispensable para el buen funcionamiento de la democracia y que, en opinión del Tribunal, sin pluralismo no puede haber democracia, por lo que los partidos políticos gozan, no solo de la protección del artículo 11 (libertad de asociación) sino también de la del artículo 10 (libertad de expresión). A continuación, (nº 46) proclama que cualquier partido político puede hacer campaña a favor de un cambio de las estructuras legales o constitucionales del Estado, a condición de que ese cambio sea compatible con los principios democráticos fundamentales, de

lo que se sigue necesariamente que quedan excluidos de esa protección aquellos partidos políticos que inciten a recurrir a la violencia. Según el Convenio (artículo 17) excluye también a los que propongan un proyecto político que no respete una o varias reglas de la democracia o que propugne la destrucción del sistema democrático. Establece, con ésta última cláusula, la posibilidad de defender el núcleo esencial de las constituciones democráticas frente a los partidos políticos anti democráticos, es decir lo que se llama una “democracia militante”, que la Constitución Española no admite, como declaró por unanimidad el pleno en la STC. 48/2003 de 12 de Marzo F.J. 7 (*Tol 29/1992*), al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco contra la L.O. 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. En consecuencia, los partidos políticos que cabría prohibir en España son, solamente, los que se propongan incitar a la violencia o apoyar acciones violentas.

Dicho esto, tras especificar que la negativa a registrar un partido político debe obedecer a una necesidad social imperiosa y que solo puede estimarse que responde a esa exigencia si existen indicios que muestren que el riesgo de atentar contra la democracia puede ser calificado razonablemente de “suficiente” e “inminente”, teniendo para ello en cuenta su evolución histórica, determina que el Tribunal Europeo no tiene la misión de sustituir a las jurisdicciones internas competentes; sino solo la de verificar si, desde la perspectiva del convenio, las decisiones adoptadas por el Estado del que se trate son legítimas. Para ello no basta que se haya actuado de buena fe, ni siquiera con cuidado y de modo razonable, sino que “es preciso” considerar la ingerencia en litigio a la luz de la totalidad del tema para determinar si ha sido *proporcionada al fin legítimo perseguido y si los motivos invocados para justificarla son pertinentes y suficientes, para lo cual el Tribunal debe convencerse... por supuesto, de que se han fundado sobre una apreciación aceptable de los hechos pertinentes* (núms. 48 y 49).

A partir de ahí, y dado que el partido en cuestión no había tenido actividad política al-

guna con anterioridad a la petición de registro, el Tribunal decide emitir su juicio sobre la base exclusiva del análisis de los estatutos y el programa del partido comunista rumano y, en consecuencia, dado que no encuentra en ellos nada que pueda entenderse como un indicio de que se propone utilizar o apoyar la violencia, estima que ha habido vulneración del Convenio (núms. 51 y ss.)

En consecuencia, si algo se sigue de la tradición constitucional, puesta de manifiesto en la breve referencia a la doctrina y jurisprudencia americana y, más aún de la jurisprudencia de TDEH que, como es sabido resulta un elemento indispensable para precisar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, el enjuiciamiento de si se han vulnerado o no tales derechos a la hora de ilegalizar una formación política requiere que el Tribunal que lo efectúa compruebe por sí mismo la validez de las pruebas en virtud de las cuales se aprecien los hechos que determinan la exclusión, a lo que se añade que la exclusión no puede ser *preventiva*, esto es, justificada en la sospecha de un peligro derivado de la historia anterior de la coalición o grupo de que se trate, sino que requiere que se halle justificada una situación de *peligro claro y presente*, según el conocido *standard* fijado en su día por el juez Holmes. Merece la pena anotarse ese *standard* ha sido criticado por insuficiente (vid. Rawls, J. “Sobre las libertades”, Paidós, Barcelona, 1996. págs. 97 y ss.); y, en consecuencia, precisado, dotándolo de mayor rigor (vid. al respecto el resumen que expuse en las págs. 194 a 195 del Informe del Consejo General del Poder Judicial al *Anteproyecto de Código Penal de 1992* en Cuadernos CGPJ nº11, 1991 y la sentencia dictada en el caso *Brandenburg vs Ohio* (1969) por el Tribunal Supremo Federal Norteamericano).

#### D. LA PROHIBICIÓN DE CONOCER DE LOS HECHOS

La prohibición de conocer de los hechos, (contenida en el artículo 44.1.b de la L.O.T.C.), así como la de efectuar “cualquier

otra consideración” sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales (art. 54 de dicho texto legal) no pueden entenderse de modo absoluto. Respecto a esta última, resulta evidente que, si se entendiera que el precepto prohíbe de modo absoluto efectuar cualquier tipo de consideración sobre la actuación de los órganos judiciales el Tribunal Constitucional no podría llevar a cabo su función de amparo. Por eso la ley habla, no de cualquier consideración, sino “de cualquier *otra* consideración”. Más complejo resulta, sin embargo, el primero de los límites.

En otra ocasión (“Fundamentos del sistema penal”, 2ªed., Valencia, 2011, cap. X, págs. 695 y ss.) me he ocupado con alguna amplitud de la prohibición de conocer de los hechos en relación con la presunción de inocencia. En relación a ese derecho fundamental el debate comienza en la STC. 31/1981, de 28 de Julio (*Tol 110833*). No voy a reproducir aquí cuanto ya he dicho acerca de ese debate; pero, si quiero destacar que si la prohibición de conocer de los hechos se entendiese, como se propone en el voto particular, como prohibición de examinar la legitimidad constitucional de las pruebas en virtud de las cuales se pronuncia la condena, la función de amparo del T.C. respecto a ese derecho quedaría absolutamente enervada por razones *lógicas*, pues el derecho consiste, justamente, en que nadie pueda ser condenado sin pruebas de las que se infiera la culpabilidad “más allá de toda duda razonable”. Como el mandato constitucional de tutela de los derechos ha de prevalecer sobre esa interpretación de la L.O.T.C., el Tribunal Constitucional propuso, inmediatamente, otra mucho más razonable. En efecto: en la STC. 46/1982, de 12 de Julio (*Tol 79019*) Fundamento jurídico I se afirma lo siguiente:

“Pues bien, tales violaciones pueden dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos de haber agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado y, por otra parte, el citado precepto exige que la valoración del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato o directo a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso, acerca de los que, en ningún caso, entrará a

conocer el Tribunal Constitucional. Es decir, que tales hechos están excluidos de la jurisdicción del Tribunal. Mas, como se ha hecho observar autorizadamente, la prohibición de “conocer” de los hechos concierne a la acepción técnico-procesal de este vocablo que alude a la atribución de competencia. *No se trata de prohibición de conocimiento en el sentido de ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que puede resultar positivo e incluso necesario para fundar la resolución. Por otra parte, la violación de los derechos y libertades que el recurso intenta remediar puede ser originada tanto por aplicación de una ley inconstitucional o norma ilegal o inaplicable al caso, como de la aplicación errónea de la norma adecuada”.*

En el mismo sentido se pronuncian la STC. 66/1982, de 15 de Octubre F.J. 3. C) y otras muchas posteriores (vid. v.g. Fernández Farres, G. “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 183). Pero el Tribunal Constitucional añade, a esa posible interpretación de la L.O.T.C. un razonamiento sustantivo que merece reseñarse. Se halla paladinamente expresado en la STC.59/1990 (*Tol 80351*) F.J. 2, en los siguientes términos, corroborados por otras muchas sentencias posteriores:

“Pero, antes de entrar en la cuestión de fondo, conviene dar respuesta a la objeción de carácter formal, aducida por el Ministerio Fiscal, que, de prosperar, provocaría la inadmisión del presente recurso de amparo. Consiste dicha alegación en la afirmación de que este Tribunal puede, planteándose la denominada “autocuestión de inconstitucionalidad”, examinar la adecuación del art. 246 del Código Penal con la Constitución, pero, si no lo hace, difícilmente podría entrar a conocer de la fundamentación de este recurso por vedarlo el art. 44.1 b) de la LOTC y 117.3 de la Constitución, toda vez que “hay que respetar los hechos, correspondiendo la subsunción de los mismos en la norma a la competencia exclusiva de los órganos penales del Poder Judicial”. Dicha objeción, sin embargo, no puede ser acogida. Lo que el art. 44.1 b) prohíbe a este Tribunal es que entre a conocer de los “hechos que dieron lugar al proceso” cuando la violación del derecho fundamental, cometido por el órgano judicial, lo sea “con independencia de tales hechos” o, lo que es lo mismo, lo que veda dicho precepto es el conocimiento de los hechos que sustentan una pretensión ordinaria (penal, civil o administrativa), que pudiera estar en conexión con una pretensión de amparo, nacida como consecuencia de una violación por el órgano judicial de un derecho fundamental; debiendo este Tribunal limitar, en tal caso, su examen a los hechos que fundamentan esta última pretensión constitucional.

Pero, en el caso que nos ocupa, no se aprecia esta “independencia fáctica”, sino, antes al contrario, los hechos que permiten al Tribunal Supremo aplicar el ius puniendi del Estado y los que fundamentan la pretensión de amparo son los mismos; para el más alto órgano jurisdiccional ordinario la referida ocupación de la vía pública es constitutiva del delito de desórdenes públicos del art. 246 C.P., en tanto que para el recurrente dicha conducta no es más que libre ejercicio del derecho de manifestación del art. 21.1 de la Constitución. Por esta razón, y porque es misión de este Tribunal restablecer las violaciones de los derechos fundamentales que pudieran cometer todos los poderes públicos, se hace obligado concluir que está autorizado por la Constitución [art. 161.1 b)] y por su Ley Orgánica (arts. 41, 54 y 55.1) a entrar a conocer de los hechos presuntamente causantes de dicha violación, partiendo de los declarados probados por el Tribunal de instancia, puesto que, tal y como este Tribunal tiene afirmado, ni el recurso de amparo es un recurso de apelación ni este Tribunal constituye una segunda instancia (SSTC 2/1982, 36/1983, 73/1983 y 107/1983, 17/1984...).  
Procede, pues, en los términos señalados, que entremos a conocer del fondo del presente recurso de amparo”.

Esto sentado, si se acepta la primera interpretación jurisprudencial, el razonamiento del Voto Particular describiría un círculo que determinaría que no pudiese aceptarse por razones lógicas, a saber: se afirmaría en él que el Tribunal Constitucional es incompetente (carece de jurisdicción) porque no puede conocer de los hechos, esto es, porque es incompetente; pero, si se optase por las razones sustantivas expresadas en la sentencia que se acaba de transcribir, y que coinciden con las ya expuestas por el Tribunal Supremo Norteamericano y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la fundamentación del Voto Particular correría la misma suerte de rechazo, aunque en este caso no concurrirían razones puramente lógicas para llevarlo a cabo, sino razones derivadas de la estructura jerárquica de las normas en el Ordenamiento Jurídico.

## E. UN RAZONAMIENTO ADICIONAL

Si las consideraciones anteriores no fuesen suficientes para rechazar, tanto la tesis nuclear del voto, como la que de ella derivan de manera inmediata, a saber, la intangibilidad de la apreciación conjunta de los indicios, quisiera

añadir algunas consideraciones más, pues me parece discutible que pueda entenderse la prohibición de conocer de los hechos que dieron lugar al proceso en el sentido de que el Tribunal Constitucional haya de respetar las declaraciones efectuadas de modo fáctico por los Tribunales Ordinarios.

Al respecto, quisiera comenzar mi argumento trayendo a colación lo declarado por el Tribunal Supremo, entre muchas otras en la STS. 919/2010, de 14 de Octubre, F.J. Tercero B, que a continuación se transcribe en cuanto resulta relevante aquí:

“En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10, considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión - se afirma en las SSTS. 120/2008 de 27.2 y 778/2007 de 9.10, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ., como por la del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTS. 30.10.95, 31.5.99).

Por tanto, *los juicios de valor no son hechos* en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim, y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegos de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTS. 151/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2).

(...)

En definitiva la revisión de los denominados juicios de valor e inferencias se refieren a los elementos internos del tipo —como el dolo, el ánimo que guía al acusado, el conocimiento de determinada cuestión o posesión para el tráfico— no a cualquier actividad deductiva o inferencia. Estos elementos internos al no ser propiamente hechos sino deducciones derivadas de hechos externos pueden ser revisables en casación, controlando la suficiencia del juicio de hecho, la inferencia en

sí, que no es más que una forma de prueba indirecta de hechos internos que han de acreditarse a través de hechos externos, por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Tribunal de instancia no es vinculante y es revisable vía art. 849.1 LECrim. si bien en estos casos la Sala casacional ha de limitarse a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o los conocimientos científicos”.

Merece destacarse que la defensa, por parte del Tribunal Supremo, frente a las pretendidas extralimitaciones del Tribunal Constitucional ha cursado, en parte, sobre la base de una concepción de la prohibición de conocer de los hechos que incompatible con el propio concepto de “hechos” que se sustenta en su jurisprudencia. Si nos atenemos a ese concepto estricto de “hechos” el análisis y las decisiones del Tribunal Constitucional no han versado nunca sobre hechos; sino sobre juicios de valor e inferencias que no pueden hallarse incluidas en la prohibición.

Como señala la STC. 48/2003, ya citada, en su F.J. 22, “el efecto específico que señala el concreto apartado” (3 del art. 12 L.O.P.P.) “es el de atribuir a la sala sentenciadora, previa audiencia de los interesados, el concreto pronunciamiento de “declarar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto a la que se refiere el párrafo B del apartado 1, es decir, *el de impedir la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro en tanto en cuanto aquel continúe o suceda la actividad de un anterior partido declarado ilegal y ya disuelto*”. Por desgracia, el precepto en cuestión no fue impugnado en cuanto a su contenido, sino solo en cuanto otorgaba facultades excesivas a la Administración, a juicio del PNV recurrente. De modo que el juicio del Tribunal Constitucional sobre el sentido del precepto solo se halla expresado en los términos que acaban de transcribirse, es decir, en el de que la sucesión comporta continuación de la actividad de apoyo o promoción de la violencia en coherencia con cuanto había declarado (al interpretar los artículos 3.1, 5.1, 9.2 y 3) en el F.J. 10.

Lo que había que decidir en el caso de *Bildu* era, pues, si la coalición podía estimarse como continuadora de la actividad de apoyo al terrorismo en la que habrían incurrido formaciones anteriores de la llamada “*izquierda abertzale*”; pero, esa no es ni la constatación de un hecho que, desde luego, no ha ocurrido, ni puede fundarse en la existencia de indicios de que así sucederá, pues eso sería tanto, como señala la mayoría, como establecer un régimen preventivo para algunas de las libertades públicas más fundamentales, cosa que pugna abiertamente con las exigencias de la Constitución. Estamos, pues, ante una inferencia valorativa que pugna directamente con las exigencias inherentes al ejercicio de la jurisdicción constitucional de amparo, tal y como han sido anteriormente expresadas. Por lo tanto, resulta innecesario entrar a examinar la impugnación de la valoración de los indicios, porque la proscripción de un partido político exige, en casos como este, en que hay una condena expresa de la violencia, algo más que indicios, a saber realidades suficientemente probadas que permitan afirmar que esa declaración es un fraude “más allá de toda duda razonable”; pues aunque no estamos, según afirmó el Tribunal Constitucional en la tan citada STC. 48/2003, aunque no estamos ante una sanción penal, impide el ejercicio de libertades tan básicas que no puede protegerse adecuadamente con un canon menos exigente que el de la presunción de inocencia.

### 3. CONCLUSIONES

Cuanto se ha dicho pone de manifiesto que tanto los Magistrados que formaron la mayoría cuanto los que formularon votos disidentes

expresaron sus opiniones en términos jurídicos y no políticos y que, por lo tanto, las acusaciones de politización y parcialidad carecen de fundamento objetivo. De ello se desprende que se basan en una actitud despectiva hacia una de las instituciones indispensables de cualquier democracia moderna. Por eso es preciso concluir que si queremos tener una democracia que merezca esa actitud debe cambiar.

En el discurso público ha habido una injustificable equiparación entre antiterrorismo y democracia. Frente a esa equiparación, creo que cabe concluir de cuanto se ha expuesto algo que he repetido muchas veces: ser antiterrorista es fácil, porque cualquier persona decente lo es; pero, ser demócrata es muy difícil, porque requiere respetar y tratar como ciudadanos a personas que han participado o apoyado acciones que nadie con una mínima sensibilidad moral puede dejar de rechazar. Pero, sus actos no les convierten en no-personas, como sostiene algún destacado penalista germano: el sistema democrático obliga a tratarlos como personas en todo momento y como ciudadanos normales una vez hayan cumplido las sanciones que se les impongan por sus actos.

Pese a esa dificultad, parece moralmente indiscutible la obligación de defender los principios de la democracia. Creo, además que eso, que me parece moralmente obligatorio, es, a largo plazo, también lo mejor para todos.

No sé cual será el futuro de la coalición *Bildu*; pero la sentencia deja muy claro que si ese futuro se inclina por el apoyo a la violencia podrá abrirse contra ella un nuevo proceso de ilegalización. Espero, de todos modos, que eso no suceda y que los componentes de esa coalición depuren sus ideas políticas sobre la base de que cualquier posición política solo es legítima si puede justificarse en términos éticos.



# VARIA

Hechos, normas y valores: crónica de un debate filosófico-jurídico

*Tomás S. Vives Antón*



# HECHOS, VALORES Y NORMAS: CRÓNICA DE UN DEBATE FILOSÓFICO- JURÍDICO

Tomás S. Vives Antón

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universitat de València

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Los presupuestos del debate. A. El descrédito de los hechos. B. La racionalidad de los valores. 3. El núcleo de la controversia. A. El problema de la verdad. B. Verdad y Corrección. C. Valores y Normas. 4. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

En las páginas que siguen pretendo relatar las vicisitudes de un debate entre H. Putnam y J. Habermas, dos de los pensadores cuyos “intereses del conocimiento” son más amplios y cuya profundidad y agudeza les coloca, sin duda, entre los más grandes intelectuales vivos. Como ambos han sobrepasado con creces la barrera de los ochenta años, querría que esta crónica fuese, a la vez, un modesto homenaje a dos vidas dedicadas sin reserva a la defensa de los principios de justicia que constituyen el fundamento último de todo sistema democrático.

Para adoptar la perspectiva que pudiera tener mayor interés para un profano en filosofía (y, especialmente, para un jurista), esta crónica ha de empezar poniendo de manifiesto que el debate que pretendo relatar es, por así decirlo, una discusión de familia entre dos pensadores que comparten la progenie wittgensteiniana y kantiana, por más que uno de ellos pretenda completar sus “lagunas” acudiendo a Aristóte-

les y Dewey (Putnam) y el otro a Hegel, Mead y Gadamer (Habermas); y con la diferencia adicional de que el primero piense, ante todo, en el impacto de sus ideas en la economía, mientras que el otro contempla principalmente sus consecuencias jurídicas.

Dicho esto, quisiera añadir que esas diferencias constituyen un aliciente para el autor de esta crónica y quizás también lleguen a constituirlo para sus destinatarios. Pues, aunque está escrita por un jurista y destinada a profesionales del Derecho, el contraste con los puntos de vista de alguien cuya reflexión se ha teñido de consideraciones procedentes de la economía puede resultar interesante y, de algún modo, complementario. Además, debo decir que, aunque buena parte de la poca filosofía que conozco la aprendí en Frankfurt, a partir de las clases y seminarios de Apel y Habermas, el pensamiento de Putnam me resulta especialmente atractivo porque mi formación filosófica, si es que tengo alguna, comenzó con el estudio de *“El punto de partida de la metafísica”*, la obra de J. Maréchal, S.J., que propone

una muy inteligente conciliación entre Aristóteles y Kant.

El núcleo del debate que quiero relatar se halla publicado en castellano en fecha relativamente reciente, bajo el título de *Normas y Valores* (Trotta, Madrid, 2008), con un excelente estudio introductorio de J. Vega y F.J. Gil. Su lectura es recomendable y, en principio, es suficiente para conocer el desarrollo concreto del debate. Pero, como lo que pretendo mostrar son las consecuencias generales (y muy especialmente las jurídicas) de tomar partido por una u otra postura en los temas objeto del debate, he de desarrollar esta crónica desde una perspectiva que ponga de manifiesto el núcleo de los problemas debatidos y atienda menos a los concretos aspectos técnicos que se discuten.

Por eso, tomaré como punto de partida algunas de las opciones previas de Putman acerca de la relación entre hechos y valores, que perfilan tanto lo que ambos autores comparten cuanto algunas de sus diferencias más importantes.

## 2. LOS PRESUPUESTOS DEL DEBATE

### A. EL DESCRÉDITO DE LOS HECHOS

Con el título de *El desplome de la dicotomía hecho-valor* (Paidós, Barcelona, 2004), expone Putnam la historia de esa dicotomía, según la cual los hechos son objetivos, pueden establecerse mediante la experiencia y, por tanto, pueden ser descritos mediante proposiciones cuya verdad o falsedad puede predicarse *erga omnes* y justificarse racionalmente, mientras que los juicios de valor son subjetivos y, en consecuencia, no son susceptibles ni de descripción, ni de verdad o falsedad, ni de justificación alguna.

La dicotomía de la que habla Putnam encuentra su expresión más acabada en el positivismo del llamado “Círculo de Viena”, que dio, a la definición de Wittgenstein del mundo como “la totalidad de los hechos”, la in-

terpretación, probablemente errónea, de que el mundo se componía exclusivamente de hechos verificables; de ahí que “estar de acuerdo con los hechos” fuese, no solo una condición de la verdad, sino una condición del sentido de los enunciados: más allá de lo que pudiera confrontarse con los hechos, solo se hallaba la carencia de objetividad, lo que no podía ni decirse ni, menos aún, justificarse racionalmente.

Pero, esa concepción comienza pronto a derrumbarse, pues los positivistas se ven forzados por los avances de la ciencia a abandonar su primera e ingenua concepción de los *hechos*; término que reservaban a lo que pudiera observarse por los sentidos corporales. Esa definición, aparentemente tan clara y sencilla, pronto se muestra llena de problemas.

En primer lugar, la invocación de la experiencia sensible puede referirse, o bien a las sensaciones internas, o bien a los estados de cosas del mundo. Si se refiera a las sensaciones internas, que son privadas, se incurre en una inconsistencia: en efecto, el positivismo requiere que los hechos sean establecidos por medio de una verificación pública, que no es posible respecto de sensaciones que son, por definición, privadas. Desde ellas pueden, ciertamente, postularse estados de cosas del mundo público; pero, solo mediante una inferencia indemostrable. Si, por el contrario, como postuló más tarde el fisicalismo, se entiende que la experiencia sensible versa directamente sobre estados de cosas del mundo, esa pretensión exige que haya oraciones “protocolares” que puedan contrastarse directamente con hechos no interpretados, con “hechos brutos”; pero resulta que ni disponemos ni podemos disponer de hechos brutos. Solo nos enfrentamos con hechos ya interpretados por teorías ya que, en un sentido amplio, puede afirmarse, como hizo Popper, que hasta nuestros órganos sensoriales “incorporan genéticamente teorías” observacionales. En consecuencia “lo que se puede asimilar (y a lo que se puede reaccionar) como *input* relevante y lo que se ignora como irrelevante depende completamente de la estructura innata (el “programa”) de organismo”.

Ese resultado, unido al uso cada vez más abundante en el ámbito científico de conceptos irreductibles a términos observacionales (átomo, electrón, bacteria, campo gravitatorio, etc.), forzó a los positivistas a reformular tanto el papel de los hechos como el de la verificabilidad que, bajo la influencia de Popper acabó siendo definida como contrastabilidad o “falsabilidad”. Oigamos los términos literales de la propuesta de Popper: “mi propuesta”, dice, “está basada en una *asimetría* entre la verificabilidad y la falsabilidad: asimetría que se deriva de la forma lógica de los enunciados universales. Pues éstos no son jamás deductibles de enunciados singulares, pero sí pueden estar en contradicción con estos últimos. En consecuencia, por medio de inferencias puramente deductivas (valiéndose del *modus tollens* de la lógica clásica), es posible argüir de la verdad de enunciados singulares la falsedad de enunciados universales.” (*La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1962 p. 41).

Redefinida la verificabilidad de ese modo, los enunciados científicos universales ya no son susceptibles de *verdad* en sentido estricto: no son verdades, sino solo conjeturas altamente probables, conjeturas que aún no han sido refutadas por ninguna experiencia concreta.

Paralelamente a ese cambio de la idea de verificabilidad por la contrastabilidad o falsabilidad, se produce otro en los conceptos de *hecho* y de *ley*. En efecto, en un seminario profesado en 1946 y publicado posteriormente, Carnap, a quien alude principalmente Putnam, redefine ambos términos del siguiente modo:

“Cuando usemos la palabra “hecho”, lo haremos en el sentido singular para distinguir claramente estos enunciados (singulares, T.V.) de los universales. A estos enunciados universales los llamaremos “leyes”, aunque sean tan elementales como la ley de la dilatación térmica o aunque sean aun más elementales, como los enunciados del tipo “todos los cuervos son negros”. No sé si este enunciado es verdadero, pero, suponiendo que lo sea, llamaremos a tal enunciado una ley de la zoología. Los zoólogos pueden hablar informalmente de “hechos” tales como que “el cuervo es negro” o “el pulpo tiene ocho brazos, pero en nuestra terminología más precisa, los enunciados de este tipo serán llamados “leyes”: empíricas y teóricas. Las leyes del tipo simple que acabamos de mencionar son llamadas, a veces,

“generalizaciones empíricas” o “leyes empíricas”. Son simples porque hablan de propiedades —como el color negro o las propiedades magnéticas de un trozo de hierro— que pueden ser observadas directamente. La ley de la dilatación térmica, por ejemplo, es una generalización basada en muchas observaciones directas de cuerpos que se dilatan al calentarse. En cambio, los conceptos de entidades teóricas, no observables, como partículas elementales y campos electromagnéticos deben ser tratados mediante leyes teóricas”.

Las anteriores consideraciones, publicadas en su obra *Fundamentación Lógica de la Física* (Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1969, p. 16) que se desarrollan ulteriormente en el mismo trabajo (pp. 303 a 305) conducen a la conclusión de que el contraste no se produce entre teorías y hechos, sino entre teorías empíricas u observacionales y teorías explicativas (o leyes teóricas).

Pese a ese estado de la cuestión, se ha postulado por Bernard Williams la posibilidad de una “concepción absoluta del mundo”; esto es, una concepción del mundo independiente de la perspectiva de cualquier observador. El fundamento intuitivo de dicha concepción, se cifra en una suerte de experimento mental. “Se nos pide”, dice Putnam, “que consideremos cómo describiríamos el mundo antes de que hubiese ningún observador o, si no, que imaginemos el mundo tal como podría ser si no hubiera observadores” (*Cómo renovar la Filosofía*, Cátedra, Madrid, 1994, p. 178). Bajo esa suposición, sostiene Williams que las leyes de la física o, al menos la parte *nuclear* de esas leyes, sería válida y, al no contenerse en ellas referencia alguna al punto de vista de ningún observador, sería *absolutamente válida*. Pero, para Putnam “la idea de que unas descripciones son descripciones de la realidad tal como es, independientemente de la perspectiva, es una quimera” (op. cit. p. 179), pues no puede haber una descripción independiente de toda descripción.

En mi opinión, Williams no incurre en una falacia tan burda, pues define expresamente la concepción absoluta del mundo como una concepción a la que podría acceder cualquier observador, por diferente que fuera de nosotros; idea que podrá parecer más o menos

plausible pero que ni comporta ningún vicio lógico ni se aleja demasiado de lo que sostiene el propio Putnam, como pone de manifiesto la objeción, que hace a Rorty, relativa al rechazo escéptico de “el hecho, manifiestamente obvio, de que el lenguaje puede representar algo tal y como es fuera del lenguaje”. (Williams, B., *Descartes*, Cátedra, Madrid. 1978, p. 307; del mismo, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Fontana Press, London, 1993, p. 139; Putnam, H., *El desplome...*, cit., p. 122).

Ello no obsta a que, en cualquier caso, haya que reconocer que el primer término de la dicotomía (los hechos) se ha desplomado, mientras que, por el contrario, el segundo, los valores, va a emerger como parte del discurso racional.

## B. LA RACIONALIDAD DE LOS VALORES

Dada la descripción que acaba de hacerse de la situación de los enunciados científicos, el que una determinada teoría observacional avale la existencia de un hecho que contradice las previsiones de una teoría explicativa no significa, sin más, que esta última haya de tenerse por refutada; pues quizás la teoría observacional tiene algún defecto o quizás el hecho que postula no resulta tan decisivo como para abandonar la teoría explicativa con la que se halla en contradicción y basta con introducir algunas modificaciones o restricciones para seguir considerándola válida. En casos así, a menudo es preciso considerar la ciencia como una totalidad para tomar la decisión adecuada. Para decirlo con palabras de Quine (“Dos dogmas del empirismo” en *Desde un punto de vista lógico*, Ariel, Barcelona, 1962, p. 77)

“El todo de la ciencia es como un campo de fuerza cuyas condiciones-límite da la experiencia. Un conflicto con la experiencia en la periferia da lugar a reajustes en el interior del campo: hay que redistribuir los valores veritativos entre algunos de nuestros enunciados. La nueva atribución de valores a algunos enunciados implica la re-valoración de otros en razón de sus interconexiones lógicas —y las leyes lógicas son simplemente unos determinados enunciados del sistema, determinados elementos del campo. Una vez redistribuidos valores entre algunos enunciados, hay que también

los de otros que pueden ser enunciados lógicamente conectados con los primeros o incluso enunciados de conexiones lógicas. Pues el campo total está tan escasamente determinado por sus condiciones-límite —por la experiencia— que hay mucho margen de elección en la luz de cada experiencia contraria al anterior estado del sistema. Ninguna experiencia concreta y particular está ligada directamente con un enunciado concreto y particular en el interior del campo, sino que estos ligámenes son indirectos y se establecen a través de consideraciones de equilibrio que afectan al campo como un todo”.

De modo que la opción entre teorías explicativas y observacionales, que se efectúa a lo largo y ancho del progreso de la ciencia tiene lugar, según Putnam, atendiendo a una serie de valores (coherencia, plausibilidad, razonabilidad, simplicidad e incluso belleza) que penetran la totalidad del campo de la ciencia. Por lo tanto, si la ciencia es racional, la racionalidad ha de alcanzar, al menos, a esos valores epistémicos; y, a partir de esa constatación, parece difícil negársela a los valores éticos.

Putnam destaca al efecto la profunda imbricación entre hechos y valores que comporta el uso de conceptos éticos “densos” como, v.g. “cruel”. En su opinión, discutible como veremos más adelante, en tales términos la función descriptiva y la valorativa resultan inseparables, de modo que relegar al ámbito de lo irracional la valoración comporta renunciar a un modo usual de describir; y, por el contrario, admitir que tales términos tienen significado y pueden usarse hablando racionalmente comporta renunciar a la idea positivista de que la ética no trata de cuestiones de hecho.

Eso no significa que Putnam niegue la distinción hecho/valor: solamente niega que se trate de una contraposición absoluta, lo que comporta que no siempre puede trazarse la distinción con nitidez.

Hasta aquí llega el suelo del debate; es decir, lo que Habermas y Putnam podrían compartir; pero, advirtiendo que en eso que comparan se apuntan ya diferencias, pues no cree que Habermas pudiera rotular ningún capítulo de su obra con el epígrafe de “el lugar de los hechos en un mundo de valores”. (Putnam, H. *Realism with a Human Face*, Harvard Unive-

risty Press, Massachusetts, 1992, cap. 10, pp. 142 y siguientes). Esa forma de hablar induce a confusiones y, a lo largo del debate entre Putnam y Habermas no hay sólo diferencias, sino también malentendidos. Por eso, en lugar de seguirlo paso a paso, centraré la exposición en los temas controvertidos tratando de disipar las confusiones y mostrar la realidad estricta de las diferencias.

### 3. EL NÚCLEO DE LA CONTROVERSI A

#### A. EL PROBLEMA DE LA VERDAD

Putnam comienza su alegato acerca de la ética del discurso afirmando que Peirce y Apel defienden una teoría equivocada de la verdad. Se trata de la teoría de la verdad que la concibe como “asertabilidad justificada”; teoría que, en otra época, también compartió el propio Putnam, como reconoce expresamente en los siguientes términos: “aunque yo mismo defendí durante algunos años la idea de que la verdad podría identificarse con la “ aceptabilidad racional idealizada”, hoy día estoy convencido de que esto era un error” (*Normas y Valores*, cit. p. 65) por que “no hay razón para creer que el resultado de una discusión ideal y suficientemente prolongada de una cuestión sea inevitablemente correcto” (op. cit. p. 67; Putnam se refiere concretamente a las cuestiones éticas, pero creo que su afirmación es aplicable a todo tipo de temas).

Las críticas a Habermas a partir de esa afirmación se desenvuelven en dos planos: uno, que se halla ligado al pensamiento de Wittgenstein y otro que, por mucho que quiera atribuírselo también, no puede responsabilizarse mas que al propio Putnam.

Lo que cabe atribuir, sin duda, a Wittgenstein es la idea de que no todo lo que llamamos verdadero surge de consensos racionalmente fundados. Al contrario, muchas de nuestras “verdades” evidentes forman parte de una imagen del mundo que tenemos, no por que estemos convencidos de su corrección, sino

porque constituye un trasfondo que nos viene dado y sobre el que distinguimos lo verdadero de lo falso. Esas proposiciones “verdaderas” podrán constituir una suerte de *mitología*: su función es semejante a lo de las reglas del juego, sin las que no es posible el lenguaje. Esa *mitología* no es inmutable, de modo que algunas proposiciones que tienen la forma de proposiciones empíricas pueden convertirse en proposiciones gramaticales y viceversa (*Sobre la certeza*, Gedisa, Barcelona, 1988, números 94 y siguientes). Y también cabe afirmar, siguiendo a Wittgenstein, que la fundamentación, la justificación por medio de pruebas, tiene un límite y que, por lo tanto, pueden tenerse por verdaderas muchas proposiciones que no se pueden justificar (op. cit. números 202 y siguientes). Y, por último cabe inferir del pensamiento wittgensteniano que, cuando decimos de algo que es verdadero, le atribuimos alguna clase de acuerdo con hechos; pues en *Sobre la certeza*, número 203 se afirma que, si todo habla a favor de una hipótesis y no hay nada que hable en contra de ella (como es el caso v.g. de la afirmación de que la tierra existe desde hace muchos miles de años), podemos tenerla por objetivamente segura en cuanto nos muestra el significado de estar de acuerdo con los hechos.

Pero lo que no creo que quepa atribuir a Wittgenstein es: ni la solapada pretensión de absoluto que acompaña a la idea de verdad en Putnam ni, tampoco, su aplicación a las proposiciones valorativas en general ni a las éticas en particular.

Digo que en Putnam el modo de concebir la “verdad” comporta una cierta ambigüedad en cuanto a la naturaleza del realismo del mismo, como se muestra en la idea de que el lenguaje sea capaz de representar el mundo tal como es, a la que ya se ha hecho referencia, o en la concepción objetiva de los valores, de la que más adelante se hablará. Tanto es así que, pese a que lo que finalmente defiende, podría calificarse “de realismo pragmático”, ha podido ser visto como un realista metafísico, no sólo por Habermas, a quien se lo reprocha en el debate, sino también por Davidson (*Subjetivo, inter-*

*subjetivo, objetivo*, Cátedra, Madrid, 2003, p. 197). Si no se descarta claramente esa pretensión la atribución, de la verdad, especialmente por lo que respecta a los juicios de valor y a los juicios éticos, se convierte en peligrosa. Y en ese peligro incurren las últimas formulaciones de Habermas. Oigámosle:

"El pragmatismo kantiano debe explicar la conexión interna que existe entre la verdad y la justificabilidad: explicar por qué, a la luz de las razones disponibles para nosotros, planteamos, sin embargo, una pretensión de validez incondicional que va más allá de nuestras mejores justificaciones. Hasta hace poco, he estado tratando de explicar la verdad en términos de justificabilidad ideal. En el proceso he aprendido que dicha asimilación no puede funcionar. He revisado mi anterior concepto discursivo de verdad, que no es sólo erróneo, sino cuando menos incompleto. La redención discursiva de una pretensión de verdad lleva a la aceptabilidad racional, no a la verdad. Aunque nuestra mente falible no puede lograr nada mejor, no deberíamos confundir la una con la otra. Esto nos deja con la tarea pendiente de explicar por qué los participantes en la argumentación se sienten, a pesar de todo, y presuntamente están, autorizados a aceptar como verdadera una proposición controvertida, cuando lo único que han podido hacer, en condiciones casi ideales, es agotar todas las razones disponibles en pro y en contra, y establecer por lo tanto su aceptabilidad racional".

De modo que, como muestra ese pasaje (que pertenece a una entrevista realizada en 2001 y publicada en 2003 en francés y también en castellano: *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 80 y 81). Habermas ha abandonado la concepción de la verdad que Putnam le atribuye. Es más, la había abandonado con anterioridad al debate que ahora se relata, de lo que da cumplida cuenta su obra *Verdad y Justificación*, publicada en alemán en 1999 y en castellano en 2002 (Trota, Madrid). Así que Putnam podría haberse ahorrado el excurso, dado que el verdadero objeto del debate es, no tanto la concepción de la verdad de cada uno, sino el problema posterior de si cabe decir de los juicios de valor en general y de los juicios éticos en particular que son verdaderos o falsos.

Pero, una vez que ha introducido el tema, no me resisto a hacer algunas observaciones sobre la escasa ganancia que proporciona la renuncia a la equivalencia entre verdad y acep-

tabilidad racional. Lo magro de esa renuncia se pone de manifiesto en el texto de Habermas que se acaba de transcribir, pues todo lo que podemos establecer es, en efecto, la aceptabilidad racional. Esto sentado, la distinción conceptual entre verdad, de una parte, y aceptabilidad racional, de otra, descansa en la atribución a determinados enunciados de una pretensión de validez incondicional que excede nuestras posibilidades cognitivas y representa, por lo tanto, como se acaba de decir, un abuso censurable, que de ningún modo cabe atribuir a Wittgenstein.

## B. VERDAD Y CORRECCIÓN

Pese a la cercanía entre las posiciones de ambos autores que se desprende del epígrafe anterior, un momento nuclear de la controversia radica en las nociones de "verdad" y "verdadero". Putnam lo expresa paladinamente diciendo: "no estoy de acuerdo con Habermas en que *verdadero* sea una noción de la validez en el sentido en que él lo entiende; a saber, como un término para el tipo de validez que es peculiar de los enunciados empíricos" (*Normas y Valores*, cit, p. 113).

Putnam defiende que el término *verdadero* y la misma noción de verdad son de carácter lógico y, en consecuencia, se aplican a "todos los enunciados auténticos *en el sentido lógico de enunciado*, es decir, a todas las *expresiones* a las que se aplica la lógica" (*Normas y Valores*, cit, p. 117). Pero, los usos de *verdad* y *verdadero* no son, ni mucho menos, puramente lógicos. Dicho de otro modo: La verdad no se contenta con la corrección sintáctica, sino que se refiere necesariamente a la relación del lenguaje con los estados de cosas del mundo. Va, por lo tanto, más allá de la mera lógica, como muestra el realismo de Putnam, (cualquiera que sea la clase de realismo que se le atribuye).

Sin embargo, Putnam deduce de tan inadecuado presupuesto que cabe hablar de verdad tanto para los juicios de valor en general como para los juicios éticos en particular. Para justificar esa conclusión invoca los términos valorativos densos que usamos a menudo en pro-

posiciones de las que cabe predicar, sin duda, la verdad. Para mostrarlo propone el siguiente ejemplo:

1. Si Juan estudia más diligentemente, tocará mejor el piano.
2. Juan ha estudiado más diligentemente.
3. (Por lo tanto) Juan toca ahora mejor el piano.

Para Putnam ésta es una inferencia válida, es decir, verdadera no obstante el hecho de que el antecedente de (1) es una oración descriptiva y el consecuente un juicio de valor (del tipo "mixto" empírico-evaluativo).

El ejemplo comporta, pues, otro modo de argumentar la aplicación de "verdadero" a todo, a cualquier tipo de expresión; a saber, partiendo de la existencia de términos valorativos o, incluso, de términos éticos *densos*, en los que, como hemos visto, hechos y valores se encuentran, a juicio de Putnam, inseparablemente unidos.

Analizando ese segundo modo de argumentar, cabría objetarle, en primer término, que los que llama términos densos pertenecen a dos clases bien distintas, que comportan, respectivamente, dos tipos de juicios de valor: absolutos o relativos. Wittgenstein expresa la diferencia entre unos y otros del siguiente modo:

"En esencia, la diferencia parece obviamente ésta: cada juicio de valor relativo es un mero enunciado de hechos y, por tanto, puede expresarse de tal forma que pierda toda apariencia de juicio de valor. En lugar de decir: "Esta es la carretera correcta hacia Granchester", podría decirse perfectamente: "Esta es la carretera correcta que debes tomar si quieres llegar a Granchester en el menos tiempo posible". "Este hombre es un buen corredor" significa simplemente que corre un cierto número de kilómetros en cierto número de minutos: etc. Lo que ahora deseo sostener es que, a pesar de que se pueda mostrar que todos los juicios de valor relativos son meros enunciados de hechos, ningún enunciado de hecho puede nunca ser ni implicar un juicio de valor absoluto. Permítanme explicarlo: "supongan que uno de ustedes fuera una persona omnisciente y, por consiguiente, conociera los movimientos de todos los cuerpos animados o inanimados del mundo y conociera también los estados mentales de todos los que han vivido. Supongan además que este hombre escribiera su saber en una gran libro; tal libro contendría la descripción total del mundo. Lo que quiero decir es que este libro no incluiría nada que pudiéramos llamar juicio ético ni nada que pudiera implicar lógicamente tal juicio. Por supuesto contendría todos los juicios de

valor relativo y todas las proposiciones verdaderas que pueden formularse. Por tanto, todos los hechos descriptos como todas las proposiciones estarían en el mismo nivel. No hay proposiciones que, en ningún sentido absoluto, sean sublimes, importantes o triviales. Quizás ahora alguno de ustedes estará de acuerdo y por ello se evocarán las palabras de Hamlet: "Nada hay bueno ni malo, si el pensamiento no la hace tal". Pero esto podría llevar de nuevo a un malentendido. Lo que Hamlet dice parece implicar que lo bueno y lo malo, aunque no sean cualidades del mundo externo, son atributos de nuestros estados mentales. Pero lo que quiero decir es que, mientras entendamos un estado mental como un hecho describable, éste no es bueno ni malo en sentido ético. Por ejemplo, si en nuestro libro del mundo leemos la descripción de un asesinato con todos los detalles físicos y psicológicos, la mera descripción de estos hechos no encerrará nada que podamos denominar una proposición ética. El asesinato estará en el mismo nivel que cualquier otro acontecimiento como, por ejemplo, la caída de una piedra. Ciertamente, la lectura de esta descripción puede causarnos dolor o rabia o cualquier otra emoción; también podríamos leer acerca del dolor o la rabia que este asesinato ha suscitado entre otra gente que tuvo conocimiento de él, pero serían simplemente hechos, hechos y hechos, y no ética". (*Conferencia sobre ética*, Paidós, Barcelona, 1989, pp. 36 y 37).

Creo que basta el párrafo transcrito para dejar claro que el ejemplo de Putnam no demuestra nada, porque se trata de un juicio de valor relativo, traducible en su totalidad a juicios de hecho; y basta también para dejar claro que es más que dudoso que Putnam pueda ampararse en Wittgenstein para defender ni la inseparabilidad del componente fáctico y el normativo en los términos valorativos "densos" ni sus posiciones acerca de la verdad de las expresiones éticas o valorativas en sentido absoluto: los estudios específicos arrojan un resultado totalmente contrario. Así, Cyril Barrett afirma que para Wittgenstein, "el sentido de términos como *justo*, *injusto*, *bueno*, *malo*, *bello* y *feo*, no puede explicarse únicamente en términos y características observables de acciones y objetos", a lo que añade que, para él, "los enunciados éticos y estéticos no son enunciados genuinos"; no dicen nada del mundo, "sino que su sentido reside en el modo en que se usa para conseguir" que se vean las cosas de cierta manera (*Ética y creencia religiosa en Wittgenstein*, Alianza, Madrid, 1994, p. 52). En la

misma dirección, Paul Johnston sostiene que la idea de probar la verdad de un juicio moral es, desde la perspectiva de Wittgenstein, un sinsentido (*Wittgenstein and moral philosophy*, Routledge, London, 1991, p. 201).

En otro lugar expuse la posición de Wittgenstein acerca de la ética, concluyendo que, para él la ética no puede ser una ciencia y que, aunque no agrega nada a nuestro conocimiento del mundo, sí que *dice* algo y eso que *dice significa* también algo respecto de la forma de vida humana; pero, también precisé que la parte más importante de su obra quedó sin escribir y que sería absurdo intentar reconstruirla (*Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 531 y siguientes). En mi opinión, en ese absurdo incurrir muchas de las ideas que atribuye Putnam a Wittgenstein: intentan *decir* lo que Wittgenstein *no dijo*. Precisar detalladamente esa afirmación no es de este lugar: basta lo dicho para concluir aquí que el modo en que Putnam concibe la verdad no puede atribuirse a Wittgenstein. Incluso cuando se trata de proposiciones que tenemos por verdaderas y que se hallan más allá de cualquier discusión, Putnam sostiene que son verdades objetivas, mientras que para Wittgenstein constituyen momentos de una *imagen del mundo* que, según acabamos de ver, nos viene dada y que puede calificarse de *mitológica*; no en el sentido de que sea irreal o fantástica, sino en el de que hemos de creer en ella, con independencia de su corrección; porque para que el juego del lenguaje pueda cumplir con su función no es necesaria una duda ni siquiera cuando es posible; sino que es preciso confiar en algo (*Sobre la certeza*, números 302 y 509).

Hechas estas precisiones, quisiera añadir un análisis de algunos de los llamados términos valorativos “densos” usados en el ámbito del derecho, al que Putnam se refiere de pasada; pero que, según él mismo afirma, desconoce.

Comenzaré con la referencia de Wittgenstein al asesinato. Según él, en el libro del mundo podemos leer la descripción de un asesinato, con todos los detalles físicos y psicológicos. La mera descripción de estos detalles, a los que

denomina hechos, no encerrará nada que podamos denominar una proposición ética. Pero el término “asesinato”, por más que contenga una referencia a hechos externos o actitudes perceptibles por sus manifestaciones externas, requiere una valoración que, pese a lo que sostiene Putnam, ha de resultar, según se ha dicho, separable de los hechos que le sirven de base, como se pone de manifiesto en las sentencias que condenan por ese delito. En efecto, en tales sentencias, como en todas las sentencias penales condenatorias, existe un relato de hechos que se consideran probados; relato en el que no pueden emplearse “conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación de fallo” (Artículo 851.1º de LECrim). De modo que la separación de lo fáctico y lo valorativo, en los términos “densos” como sin duda lo es el de “asesinato”, no solo resulta posible, pese a las muchas páginas que dedica Putnam a demostrar lo contrario (*El desplome*, cit, pp. 49 y siguientes), sino que es jurídicamente *obligatoria*; pues confundir los valores con hechos comporta sustituir el juicio reflexivo por la aceptación acrítica.

En el ámbito del Derecho penal existen multitud de ejemplos semejantes, que no vale la pena analizar en el marco de esta crónica; pero sí podría resultar esclarecedor, para establecer la utilidad de distinguir entre “verdad” y “corrección”, hacer una referencia a la doctrina de la exclusión de los llamados “frutos del árbol” del ámbito de la prueba penalmente válida. Según esta doctrina, cuando, obtenida una prueba mediante la vulneración de algún derecho fundamental, se adquiere un conocimiento a partir del cual surgen otras pruebas del delito, esas pruebas han de ser, en principio y salvo las excepciones que puedan justificarse, eliminadas del proceso.

Ciertamente, en muchas ocasiones, la ilicitud puede afectar al valor veritativo de las pruebas de que se trate. Pero, en un gran número de casos, el valor veritativo no se hallará dañado. La exclusión no tiene lugar, entonces, porque la fiabilidad de las pruebas esté afectada; sino porque su incorrección normativa (su ilicitud constitucional) comporta una lesión

de derechos fundamentales, para cuya tutela resulta necesario negarles la validez. Se produce, así, un conflicto entre *verdad* y *corrección normativa*, en el que el ordenamiento jurídico, en defensa de los derechos constitucionales, renuncia a hacer uso de elementos de prueba que, desde la perspectiva del establecimiento de la verdad, habrían de considerarse válidos. Con ello queda ejemplificada la diferencia entre verdad y corrección normativa, y establecido que, aunque la verdad es un valor cuya importancia no puede discutirse, ni es absoluto, ni siempre es la solución de los problemas humanos.

### C. VALORES Y NORMAS

Habermas establece la distinción entre valores éticos y normas morales mediante los rasgos siguientes:

- a) Las normas satisfacen expectativas de comportamiento interpersonales y generalizadas, mientras que los valores reflejan preferencias socioculturales.
- b) Las normas responden a un código binario de validez (*correcto/incorrecto*), mientras que los valores admiten niveles y relaciones de preferencia.
- c) Las normas morales obligan, mientras que los enunciados evaluativos recomiendan o aconsejan.
- d) Las normas morales tratan de lo que es justo, los valores representan las diversas opciones de la vida buena.
- e) Las normas morales son universalizables, mientras que los valores de la vida buena tienen el sello de la particularidad.

Habermas (*Normas y valores*, cit. p. 98) formula el fundamento de esa distinción en los siguiente términos:

“La distinción metacrítica de las objeciones de Putman a la teoría ética de Bernard Williams sugiere la conclusión de que, comparados con las preferencias subjetivas o fijadas arbitrariamente, a los valores les corresponde una *cierta objetividad*, pero que esta objetividad no puede ser entendida de modo realista según el modelo de la comprobación fáctica del contenido empírico. Antes bien, *esa objetividad descansa en el*

*reconocimiento intersubjetivo* de estándares evaluativos para los cuales podemos encontrar buenas razones por referencia a una forma de vida correspondiente. Concebida como intersubjetividad, la objetividad de juicios de valores porta el índice de la referencia interna a una comunidad universalista está marcada por la referencia interna a una comunidad “cada vez más amplia” (*ever wider community*), tal como señaló George Herbert Mead). Gracias a ese poder de trascender el contexto, la validez moral adquiere un *sentido constructivista*, aun cuando tenga que ser explicitada en la misma dimensión del reconocimiento que la objetividad de los valores no universales”.

Sin perjuicio de dejar constancia de que el entendimiento de la objetividad como intersubjetividad es profundamente insatisfactorio, como se pondrá de manifiesto más adelante, las anteriores consideraciones dejan claro que Habermas traza una distinción, no absolutamente tajante entre la objetividad de los juicios de valor, que subyacen a las diversas concepciones de la vida buena y que comportan una referencia a comunidades determinadas, y la de los juicios de una moral universalista, que son capaces de trascender el contexto de las comunidades existentes. A renglón seguido se ocupa, en consecuencia, de esa distinción entre valores de la vida buena y normas éticas desde la perspectiva de la *corrección* y de la *verdad*. Dice así (op. cit. p. 99):

Son “correctos” aquellos juicios morales que merecen reconocimiento universal, y esto significa que podrían encontrar el asentimiento de todas las personas afectadas dentro de un discurso racional conducido bajo condiciones aproximadamente ideales. La analogía con la pretensión de verdad consiste en la exigencia de la aceptabilidad racional; también la verdad de los enunciados descriptivos sólo puede revelarse y comprobarse en discursos racionales que sean tan comprensivos y duraderos como sea posible. Sin embargo, entre ambas pretensiones de validez únicamente existe una similitud. El concepto de validez de la corrección moral ha perdido la *connotación ontológica del concepto de verdad* que trasciende a la justificación. Mientras que la “corrección” es un concepto epistémico y no significa otra cosa que el merecimiento de reconocimiento universal, el sentido de la verdad de los enunciados no puede quedar saturado por condiciones epistémicas de confirmación por muy exigentes que sean: la verdad va más allá de la justificación realizada. Esta diferencia entre “verdad” y “corrección moral” refleja la distinción entre la razón teórica y la razón práctica.

La discrepancia entre Habermas y Putnam versa, en primer término, sobre la objetividad de los juicios de valor relativos a la vida buena frente a la que cabe predicar de las normas morales; pero ambos, Habermas y Putnam, dan por sentado que hay una clase de objetividad que consiste en la intersubjetividad. Sin embargo, esa premisa puede y debe discutirse, pues lo intersubjetivo todavía no es objetivo (vid. al respecto la obra de Davidson: *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*, Cátedra, Madrid, 2003). Para identificar, en orden a la objetividad, valores y números, Putnam habla de una “objetividad sin objeto” que, según él, comparten unos y otros; pero, aunque los números no sean objetos, equipararlos a los valores morales o a los valores de la vida buena desde la perspectiva de la objetividad no parece correcto. En otro lugar (*Fundamentos*, cit. p. 631) opuse, a la concepción de Frege, según la cual el número es un objeto mental cuya existencia antecede a la de las cifras “que solo podemos pensar los números porque los expresamos a través de algún tipo de cifras y que ni los números ni la misma idea de número podrían ser pensados al margen de alguna clase de cifras; y, más aún, si el mundo en que vivimos (que es el único que existe para nosotros) no fuese como es”, es decir, si no se dejase apresar en cálculos.

La objetividad de las matemáticas es análoga a la de la lógica y, como señala Wittgenstein, no consiste en una correspondencia cualquiera con la realidad; sino que “están antes de una correspondencia así; a saber, en el sentido en que la determinación del método de medida está antes de la corrección o falsedad de una medida dada” (*Observaciones sobre los fundamentos de la matemática*, Alianza, Madrid, 1987, nº 156, p. 72). De modo que podemos hablar de objetividad en las matemáticas o en la lógica porque su validez no está determinada por lo que los sujetos (sean pocos, muchos o todos) piensen, crean o puedan aceptar; sino, siquiera sea en última instancia, por la *praxis* que la corrobora en el mundo, cosa que no sucede en absoluto con los juicios de valor ni con las normas.

En la discusión acerca de valores y normas, tanto Habermas como Putnam ignoran la advertencia que Dewey hace al principio de su *Teoría de la valoración* (Biblioteca Nueva, Madrid, 2008, p. 83) alertando acerca del pernicioso influjo, en la discusión sobre la problemática de los valores, de las teorías epistemológicas en torno al realismo y al idealismo y de las teorías metafísicas en torno a lo objetivo y lo subjetivo. E ignoran también la recomendación básica de Wittgenstein; esto es, la de atender al uso de las palabras para precisar lo que en cada contexto significan.

Hace ya muchos años, (en *La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 268 a 279) aludí al modo *deflacionista* de entender la definición de “verdad” de Tarski refiriéndola al uso de “es verdadero”. Pues bien, atendiendo a su uso, Putnam admite que, aunque digamos que las proposiciones valorativas en general o las éticas en particular pueden ser verdaderas o falsas, *no nos referimos al mismo tipo de validez* que cuando aplicamos uno u otro término a las afirmaciones de las ciencias experimentales o a las reglas lógicas o matemáticas. Si eso es así, la discusión con Habermas es más una discusión *de dicto* que *de re*, pese a lo cual no carece de importancia, pues de conceptos como el de “verdad” u “objetividad” resulta muy recomendable hacer lo que he llamado, siguiendo a Rorty, un uso “cauteloso” (*Fundamentos*, cit. pp. 940-941); y carece de toda cautela (y la historia muestra que, pese a la opinión contraria de Putnam, es extremadamente peligroso) extender ese uso a los juicios éticos y, más aún, a los juicios de valor relativos a la vida buena; pues unos y otros se basan en opiniones más o menos intersubjetivamente aceptadas y mejor o peor fundadas racionalmente; pero, en modo alguno, pueden invocar a la experiencia como testigo de su validez objetiva, es decir, de su verdad.

Algo parecido cabe decir de la discusión en torno a la dicotomía de normas y valores. Putnam supone que Habermas establece esa dicotomía entre unas y otras y le objeta que sin valores las normas carecerían de contenido (*Normas y valores*, cit. p. 120); pero, esa ob-

jeción no concluye, pues creo que Habermas acepta que, para que puedan formularse normas universalizables de justicia con algún contenido es preciso partir de lo que Rawls llama una “concepción tenue” del bien.

Por otra parte, subraya que, cuando se trata de la validez de los valores que no son normas, Habermas “parece temer que hablar de una corrección o incorrección objetiva vulneraría de algún modo el pluralismo que forma parte de una conciencia moderna ilustrada”. A lo que añade que “a parte de esto, cree que ese discurso presupone un punto de vista metafísico que él denomina *realismo moral*”. Se pregunta entonces Putnam si están justificados esos temores y afirma, paladinamente, que cree que no lo están.

Lo único que quiero añadir a esas afirmaciones de Putnam es que esa creencia no está bien fundada, pues los temores de Habermas encuentran un solido fundamento, no solo en las indeseables consecuencias de la confusión entre derecho y moralidad en los sistemas autoritarios; sino también en el recurso a las éticas materiales de los valores para interpretar las normas de las Constituciones democráticas.

Así lo razona por referencia a algunas decisiones del Tribunal Constitucional Alemán en la página 326 y siguientes de *Facticidad y validez* (Trotta, Madrid, 1998), que, para no alargar innecesariamente esta crónica, no voy a reproducir aquí. Sin embargo, sí quiero señalar que, en un sentido análogo, el voto particular de Rubio Llorente a la sentencia del Tribunal Constitucional Español que declaró la inconstitucionalidad de la despenalización parcial del aborto consentido [S T C 53/1985 (*Tol 79468*)] señalaba que “intérprete de la Constitución no puede abstraer de sus normas el valor o valores que, a su juicio, tales preceptos encarnan, para deducir después, de ello, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyos en

ningún texto constitucional concreto. Eso no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino, lisa y llanamente, supeditar al legislador, o quizá más aún, al propio poder constituyente”.

Creo que lo dicho basta para poner de manifiesto tanto que Habermas no defiende una “dicotomía” entre normas y valores; sino que se limita a efectuar una distinción entre la validez de unas y de otros, cuanto que esa distinción es *necesaria* pues, de equipararlos en cuanto a la validez pueden surgir y han surgido consecuencias indeseables para el sistema democrático.

#### 4. CONCLUSIONES

De una simple crónica no cabe extraer, en principio, ninguna conclusión teórica; pero sí que pueden derivarse de ello algunas consecuencias prácticas.

La primera sería la conveniencia de profundizar en el estudio del uso que en derecho se hace de los llamados términos *densos*, pues hay casos muy complejos, como v.g. el de “culpabilidad”, cuyo carácter descriptivo y/o valorativo resulta tan complejo que ha de quedar fuera de esta mera crónica.

La segunda, el interés que tiene para el jurista efectuar adecuadamente las distinciones entre hechos, normas y valores; para lo cual, el debate filosófico puede servir de ayuda; pero no proporcionar de por sí una solución.

Y la tercera y, sin duda, la más importante, que es preciso aprender a usar de modo cauteloso términos como *verdadero* u *objetivo*, pues todos ellos comportan, quiérase o no, la reminiscencia de un sentido absoluto que podría acabar resultando incompatible con el pluralismo consustancial a un sistema democrático.



# NORMAS DE LA REVISTA

---



## I. EXTENSIÓN Y SOPORTE MATERIAL

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales.

Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 y 60.000 caracteres a espacio y medio y punto 12.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen o abstract de 10 líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o key words en castellano y en inglés.

Los artículos irán precedidos por un sumario.

Los originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección de la coordinadora de la revista: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es)

En el artículo deberá constar el nombre del autor o autora, la universidad o institución a la que pertenece y, en su caso, la dirección de correo electrónico y de correo postal de contacto.

En el caso de que el texto haya sido publicado anteriormente en otro medio impreso o se haya presentado como ponencia o comunicación, se incluirán los datos en el documento.

En el caso de los artículos publicados en la Sección “Temas de Hoy” se podrá obviar parte de los requisitos formales de la Revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.

En el caso de las traducciones de textos publicados en la sección “Varia”, obviamente no se han de cumplir estos requisitos.

## II. ADMISIÓN DE ORIGINALES

Los originales serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a los editores de los números monográficos y a evaluadores externos. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado, que serán comunicadas a los mismos, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las correcciones oportunas. En este caso, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo Editorial de la revista.

## III. ENVÍO DE ORIGINALES

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es) o por correo postal, enviando una copia impresa y soporte digital a la siguiente dirección:

Revista Teoría y Derecho  
Tirant lo Blanch  
C/Artes Gráficas, 14, entlo.  
46010 Valencia

## IV. SISTEMA DE CITAS

Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editor considera que la forma óptima de presentar las referencias bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de la posición del autor.

Excepcionalmente podrá utilizarse el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990:95).

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado IV. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979<sup>a</sup> correspondería a “La obediencia al Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979<sup>b</sup> correspondería a “La Escuela Histórica del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp.1-48.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, inicial del nombre, Título, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

González Vicén, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2.- Artículo de revista:

González Vicén, F.; “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3.- Trabajo o artículo incluido en libro:

González Vicén, F.; “Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia” de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

## V. MIEMBROS DEL CONSEJO Y DEL COMITÉ:

Para ser miembro del Consejo Editorial y/o del Comité Científico se requiere:

- Ser Catedrático de Universidad en activo en la propia Universidad y/o en centros de investigación.
- Ser mayor de 50 años.
- Tener un prestigio reconocido en el mundo académico.

Todas las condiciones han de cumplirse en el momento de ingresar en la Revista.









Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

**Solicite hoy mismo su alta!**

Para solicitar su alta, dispone de:

---

número de atención al cliente: 96 369 17 28

---

número de fax: 96 369 41 51

---

la dirección de correo electrónico:

---

**encionalcliente@tirantonline.com**

