

# teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL JUNIO/DICIEMBRE 2/2007

### 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**

*Profesora Titular 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*

\* Por orden de edad

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@tirant.es](mailto:teoria@tirant.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: en trámite

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Diseño y maquetación: PMc Media, S.L.

Imprime: Guada Impresores, S.L. - PMc Media, S.L.

# SUMARIO

## DEBATE

### “Nuevos modelos de familia”

El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos <i>ad intra</i> y <i>ad extra</i> .....	6
<i>Clara I. Asua González</i>	
A cada uno su familia, a cada familia su Derecho. (Aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad) .....	28
<i>Carlos Martínez de Aguirre</i>	
La familia y sus formas .....	48
<i>Encarna Roca Trías</i>	
Reflexiones sobre el Derecho de familia .....	74
<i>María Rosario Valpuesta Fernández</i>	

## ESTUDIOS

El debate entre evolucionismo y creacionismo. La cláusula de aconfesionalidad en la sentencia sobre “diseño inteligente” .....	102
<i>Vicente Claramonte Sanz</i>	
La cuestión nacional en la constitución territorial del Estado autonómico .....	126
<i>Manuel Medina Guerrero</i>	
Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica del siglo XXI .	138
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	
Sobre la doctrina laboralista y sus vicios.....	160
<i>Francisco Pérez de los Cobos Orihuel</i>	
Más allá de toda duda razonable.....	166
<i>Tomás S. Vives Antón</i>	

## TEMAS DE HOY

Doctrina legal y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia .....	193
<i>Augusto González Alonso</i>	

## VARIA

¿Es la autodeterminación todavía actual? .....	243
<i>Winfried Hassemmer</i>	
Normas de la revista .....	259



# DEBATES

## “Nuevos modelos de familia”

El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos *ad intra* y *ad extra*

*Clara I. Asua González*

A cada uno su familia, a cada familia su Derecho (Aproximación funcional a las nuevas normas de familia y elogio de la diversidad)

*Carlos Martínez de Aguirre*

La familia y sus formas

*Encarna Roca Trías*

Reflexiones sobre el Derecho de familia

*María Rosario Valpuesta Fernández*

## RESUMEN

En el trabajo se analizan los perfiles jurídicos actuales del matrimonio en España. Para ello, por un lado, se ha escogido como hilo conductor la posibilidad de contraer matrimonio por parte de las personas del mismo sexo. Al fin y al cabo, casi todo el debate sobre la materia se ha trasladado a si tal relación debía y/o podía ser matrimonio, y a si el matrimonio ha resultado profunda e irremediabilmente desdibujado; esto es, a la esencia o al concepto del matrimonio. Por otro lado, la proliferación de regulaciones civiles autonómicas sobre parejas ha puesto de manifiesto que ahora fuera del matrimonio también hay institución, y ello obliga a replantear no sólo la posición del matrimonio sino quizás nuevamente su concepto.

## PALABRAS CLAVE

MATRIMONIO; CONCEPTO DE MATRIMONIO; GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO; DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO; PAREJAS NO MATRIMONIALES.

## ABSTRACT

This work analyzes the current legal profile of the marriage in Spain. As a case study, the marriage of persons of the same sex has been chosen. This issue has been the core of an emotional debate, in which it has been discussed whether this relationship should and/or could be considered a marriage, or whether the marriage as it has been known up to date has been profoundly and irreversible distorted; namely, the discussion is about the essence of marriage. On the other hand, the regulation about couples approved by the Regional Governments rules the union of persons of the same or different sex as a legal institution. This leads us to reconsider not only the place of the marriage in our legal system but even its concept.

## KEY WORDS

MARRIAGE; CONCEPT OF MARRIAGE; CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF MARRIAGE, THE RIGHT TO MARRIAGE; UNMARRIED COUPLES.

# EL MATRIMONIO HOY: SUS PERFILES JURÍDICOS AD INTRA Y AD EXTRA \*

Clara I. Asua González

Catedrática de Derecho Civil  
Universidad del País Vasco

Sumario: 1. Reflexión inicial: sustancial separación normativa entre matrimonio y filiación. 2. Los perfiles internos del matrimonio. A propósito del acceso al mismo de las personas del mismo sexo: A) Previo. B) El derecho al matrimonio, el matrimonio y las relaciones entre ambos: posibles lecturas al hilo de la Constitución. C) Algunas reflexiones sobre el matrimonio, su función y contenido esencial. D) Apunte final sobre constitucionalidad. 3. El matrimonio hacia fuera: su posición en el actual marco de institucionalización de la pareja.

## 1. REFLEXIÓN INICIAL: SUSTANCIAL SEPARACIÓN NORMATIVA ENTRE MATRIMONIO Y FILIACIÓN

I.- Casi siempre que se habla de *nuevas* familias y de su tratamiento jurídico se está haciendo referencia sea a cuestiones sobre el estatus jurídico de la pareja o relativas al cuidado y potestades sobre menores. Es verdad que, enunciados con tal generalidad, estos asuntos no tienen nada de nuevos; pero lo que ha variado radicalmente son las situaciones personales sobre las que se proyectan y la perspectiva y actitud de los poderes públicos frente a tales situaciones.

Estas realidades o situaciones han emergido y proliferado en cuanto, en nuestro caso por efecto de la Constitución, desaparecieron los mecanismos jurídicos que constriñendo, prohibiendo y discriminando perfilaron una institución de pareja para toda la vida —no hablemos ahora del contenido de la misma—, aseguraron que la reproducción se realizara en el seno de la misma y desterraron cualesquiera otras situaciones a las sombras sociales y jurídicas. La igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su origen matrimonial o no, y la disolubilidad del matrimonio fueron un detonante al que se han sumado circunstancias de índole diversa como la reacción ante pautas morales y jurídicas provenientes de una reli-

\* En los últimos tiempos, he participado en diferentes foros abordando el tema del matrimonio de las personas del mismo sexo, pero fue al hilo de mi intervención, en julio de 2005, en el Curso de Verano sobre *Nuevas familias* organizado por la UPV/EHU en colaboración con la institución del Ararteko, cuando se perfilaron de manera más acabada mis ideas al respecto. Sin embargo, como poco después acepté la solicitud de la revista *Orientaciones* para escribir sobre la cuestión y también tiene *secuela escrita* mi participación en las Jornadas organizadas por la Facultad de Farmacia de la UPV/EHU a lo largo de la primavera de 2006, conviene advertir que una parte de este trabajo (el relativo a los *perfiles internos del matrimonio*) coincide en lo sustancial con diversos textos publicados o pendientes de publicación y a los que se hace alusión en la relación bibliográfica.

gión mayoritaria estricta, controladora y nada compasiva, la interiorización de los principios constitucionales, el acceso de la mujer al mercado de trabajo, las nuevas técnicas de reproducción asistida, etc. El resultado de todo ello, esas nuevas realidades están a la vista: parejas no matrimoniales; familias monoparentales en las que la filiación —natural o adoptiva— se ha establecido sólo respecto de un progenitor; familias monoparentales en las que la filiación está determinada respecto de los dos progenitores; familias en las que un progenitor convive, además de con sus hijos, con una pareja (situación que puede tener sus variantes en cuanto que la filiación puede estar o no determinada respecto de otro progenitor), etc. Téngase en cuenta que, donde proceda, en los ejemplos anteriores ha de introducirse la variante de que podemos hablar de personas del mismo o de diferente sexo.

En muchos de los ejemplos anteriores están presentes los hijos, y ello no es sino muestra de que hoy el cuidado y las potestades sobre los menores centran buena parte de la reflexión que desde el Derecho privado y público afecta a la familia: desde las ya más clásicas cuestiones relativas a la patria potestad y en general a la guarda en los casos de progenitores que no viven juntos, a la eventual posición respecto de los menores de la pareja de un progenitor —ámbitos de autoridad, conveniencia o no de un replanteamiento en tema de adopción—, a los derechos de los abuelos, a la posibilidad de que quede determinada la filiación respecto de dos personas del mismo sexo, a la tutela administrativa y en general a la intervención de los poderes públicos, al complicado y traumatizante tránsito entre muchos acogimientos familiares y la adopción, etc.

II.- Mi participación en este Debate, sin embargo, se va a colocar en el plano de la pareja y del tratamiento jurídico de la misma.

Se ha dicho que la función social del matrimonio ha consistido y sigue consistiendo en ser el momento fundacional de una familia entendida como progeñe o sucesión de generaciones. O que la justificación histórica del reconocimiento del derecho constitucional al matrimo-

nio radica en que el matrimonio constituye el fundamento de la *familia* —pensando nuevamente en los hijos—. Tales consideraciones vinculan pareja y prole y podrían entenderse en el sentido de que la regulación de las relaciones de pareja está en función de la reproducción o, en términos más amplios, de la función progenitora (y es que en castellano ya la primera acepción oficial de *progenitor* es la de madre o padre). Perspectiva que entre nosotros ha resultado evidente a propósito de la de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. De un lado, porque en el debate sobre si las parejas del mismo sexo habrían de acceder o no al matrimonio se cruzaba permanentemente el de la procedencia de que se pudiera determinar la filiación al mismo tiempo respecto de dos mujeres o dos hombres, esgrimiéndose la respuesta negativa a esta segunda cuestión en argumento en contra del acceso al matrimonio. Y de otro porque el propio legislador, diciendo que actuaba en tema matrimonial, repárese en la denominación de la Ley, actuaba también sobre la filiación. A la vista de cómo se desarrolló el *iter* legislativo, parece claro que se pretendió que la atención quedara centrada en la cuestión del matrimonio, para lo que se contaba con un importante respaldo popular, y un tanto apartada del tema de la filiación adoptiva, cuestión ésta que se consideraba más polémica. Es cierto que la incidencia sobre la adopción se producía en buena medida de manera automática porque, al posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo, se configuraba ya el supuesto de hecho de la adopción por más de una persona del artículo 175.4 CC: que se tratara de cónyuges. Pero, amén de que este tema procuró soslayarse, se introdujeron modificaciones en el régimen de la adopción y así ahora, cosa que antes no se hacía, se especifica que se puede adoptar al hijo adoptado antes del matrimonio por el cónyuge.

Sin embargo, y a la vista de los datos legales, el matrimonio es hoy un objeto de atención para el Derecho, abstracción hecha del tema de la reproducción y de la función progenitora. La separación comienza cuando en el plano



jurídico se desvincula matrimonio y prole — ésta no se encuentra en la esencia o elementos definidores de aquél— y es finalmente un efecto inevitable del igual tratamiento de los hijos con independencia de su origen matrimonial o no. Además, y en un plano diverso, otras circunstancias han venido a incidir en la misma dirección y así el divorcio y la longevidad determinan que se establezcan e institucionalicen sucesivas parejas en las que la maternidad o paternidad no juegan ya ningún papel.

Es cierto que la reproducción es un fuerte impulso del emparejamiento; que buena parte de los hijos se tienen —aunque luego ya no se eduquen y cuiden— en pareja; que todavía éstas son mayoritariamente matrimoniales y que en todo caso es previsible que sigan siendo mayoritariamente institucionalizadas; pero la cuestión es que el tratamiento jurídico del matrimonio y de la pareja se hace casi con total abstracción de esta circunstancia.

No se trata de discutir lo obvio, que sin la reproducción no se hubiera instalado el esquema de pareja y producido la institucionalización de la misma, sino de poner de manifiesto que, a día de hoy, en el tratamiento jurídico se han dado los pasos suficientes para que las consecuencias de la filiación sean independientes de la relación de pareja y que, en gran medida por ello, en la visión jurídica de ésta no se tenga en consideración aquélla de un modo relevante. Los puntos de conexión, que los hay, aparecen más como variantes puntuales que como elementos estructurales. Veamos algunos ejemplos, advirtiendo que no se prende de la exhaustividad material ni normativa.

III.- Aunque las consecuencias de la filiación sean independientes de la relación de los progenitores, lo cierto es que tal relación sí es tenida en cuenta a la hora de establecer tal filiación. Así ocurre, por ejemplo, con las normas para determinar la filiación matrimonial (para establecer en caso de matrimonio, y en la filiación por naturaleza, quién es progenitor para el Derecho: arts.115 ss. CC o 87.2 y 89 ss. del Código de Familia catalán) o la posibilidad de adopción por más de una persona reconocida a los cónyuges en el art. 175.4 CC y que se re-

conoce también a la pareja estable de hombre y mujer en el Derecho Civil del Estado y en diversas Leyes autonómicas a las parejas que caigan bajo su ámbito con independencia del sexo de sus integrantes. En un sentido amplio pueden contemplarse estos extremos en perspectiva de efectos del matrimonio o de la pareja, pero podría haber matrimonio o pareja aunque el legislador entendiera que no debía determinarse la filiación respecto de dos personas del mismo sexo (se ha dicho que los menores son el único factor que justifica un debate público *ideológico* sobre los modelos de familia) o que algunas reglas para su determinación o establecimiento habrían de diferir (ahora, un claro ejemplo de esto se encuentra en la circunscripción de la presunción de paternidad marital al matrimonio de hombre y mujer: arts. 116 CC o 89 del Código de Familia catalán).

Pensemos ahora en qué incidencia tiene la filiación a la hora de disciplinar legalmente la pareja. La perspectiva será la del matrimonio, pero alguna referencia se hará a las regulaciones sobre parejas *estables* o *he hecho*.

Dado que la prole no se encuentra entre sus elementos definidores, esa incidencia no existe propiamente a efectos constitutivos: la aptitud y/o la intención de reproducirse o de adoptar es irrelevante. Es cierto que, a propósito de nulidad, puede reflexionarse y discutirse sobre la relevancia de la esterilidad como cualidad personal determinante del otorgamiento del consentimiento. Pero en tal reflexión no se debe perder de vista el punto de partida normativo —no son estructurales la aptitud o la intención—, de suerte que en todo caso la eventual incidencia debería ceñirse a los casos en los que el proyecto reproductivo resulta perfectamente explicitado como determinante —elemento *sin el cual no*— y que, colocados ya en ese plano y a efectos constitutivos y por tanto jurídicos, que es de lo que estamos hablando, la prole *tiene* al matrimonio tanto o tan poco como otras circunstancias —cualidades— que en el caso se consideren esenciales. Por otra parte, y siempre a propósito de constitución o de momento inaugural, téngase presente que la reproducción tampoco es hoy, y a diferen-

cia del pasado, una circunstancia que desde los poderes públicos se conciba como impulsora del matrimonio y atenuante de la exigencia de suficiente juicio o madurez: a la vista de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre dispensa del impedimento de edad para contraer matrimonio, el embarazo de la menor no emancipada no suele considerarse justa causa *ex art.* 48 CC.

Llamativo es lo que ocurre en ciertas Leyes autonómicas sobre parejas; y es que en algunas, y por supuesto partiendo de que no resulte necesario, en cuanto constitutiva, una declaración expresa y/o inscripción en un Registro, una de las circunstancias que, unida a la convivencia, determina la aplicación de la normativa —y por tanto de ser pareja a los efectos de la Ley— es la de tener hijos comunes (así los arts. 1.2 Ley 10/1998 de Cataluña y 2.2 Ley 6/2000 de Navarra). No se trata de una cuestión de prueba de la convivencia sino de una circunstancia que se presenta como alternativa a la duración de la convivencia a lo largo de un periodo determinado de tiempo. Aquí la filiación sí es tenida en cuenta a efectos *constitutivos*.

En el plano de las obligaciones de los cónyuges y en lo que hace a las llamadas *obligaciones personales*, es lo lógico que las mismas se configuren al margen de terceros —también de la prole—: el respetarse, vivir juntos, guardarse fidelidad, ayudarse o socorrerse mutuamente es en unos casos un deseo del legislador y en otros una auténtica obligación que tiene como único universo de referencia a la pareja. No ocurre así, sin embargo, con la tradicionalmente *debidada* actuación en interés de la familia (arts. 67 CC, 1 y 3 Código de Familia catalán) y la nueva *obligación* de compartir el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo (art. 68 CC). Pero sólo en el primer caso, actuación en interés de la familia, y en tanto en cuanto las acciones u omisiones de un cónyuge perjudiquen a los hijos, estamos propiamente en plano de integrar la actuación respecto de la prole como un deber conyugal; en el otro supuesto se trata lisa y llanamente de no *abusar* del cónyuge (y eso es respeto, ayuda e igualdad). Con todo, no se debe

olvidar que en ambos casos se sigue tratando de un deseo del legislador y que, por lo que hace a los cónyuges y a la vista del actual sistema de separación y divorcio, su real relevancia jurídica se ceñiría en el primer supuesto y todo lo más —y aquí no se está realizando ahora un posicionamiento sobre el tema—, al ámbito de la responsabilidad civil, y en el segundo al plano de las consecuencias económicas de la separación, divorcio o nulidad.

En tema de relaciones patrimoniales, de cara a la determinación del régimen económico matrimonial no se atiende a consideraciones de prole. Sin embargo, y como representación de un esquema tradicional pero pragmático de orden familiar, en cierta medida —pues no se trata de un tema de determinación del régimen sino de dualidad en el seno del mismo al momento de la extinción— un ejemplo de excepción lo encontramos en la comunicación foral, el régimen económico del régimen legal supletorio en la zona aforada vizcaína (arts. 93 ss. Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco). En el mismo concurre un factor de alternatividad en virtud del cual, si el régimen se extingue por muerte de uno de los cónyuges con hijos comunes, se comunica la mitad de todos los bienes —cualquiera sea su procedencia y el momento de adquisición—; sin embargo, si la extinción se produce por muerte y sin hijos comunes o por divorcio aunque haya hijos comunes no se produce tal comunicación y sólo se harán comunes los bienes ganados durante la vigencia del régimen. La consideración a los hijos es innegable, pero con todo obsérvese que es un elemento necesario pero no suficiente: si se han tenido pero no sobreviven al causante no opera la comunicación y tampoco lo hace si la extinción del régimen se produce por causa distinta al fallecimiento.

No repasaremos, en fin, las normas que en varias legislaciones civiles, y en sede de *régimen matrimonial primario*, tienen en consideración los gastos en atención a los hijos (incluidos en las necesidades ordinarias de la familia) sea de cara a establecer la legitimación para actuar, y comprometer el patrimonio común, de cualquiera de los cónyuges, o sea para fijar

la responsabilidad en tal caso del no actuante (responsabilidad que también se establece en alguna Ley autonómica sobre parejas; así, por ejemplo, arts. 7 Ley 6/2000 de Navarra y 5.3 Ley 18/2001 de Baleares). Como tampoco especificaremos los preceptos que en regímenes de comunidad establecen los cargos provisionales o definitivos al patrimonio común de los gastos relativos a los hijos.

Por lo que hace al acceso a la separación o al divorcio (y evidentemente a la nulidad por cuanto ésta tiene en cuenta el *momento fundacional*) ninguna relevancia se otorga a nivel normativo a la existencia o no de hijos. No se ha hecho tradicionalmente en cuanto a restringir o ralentizar el acceso, que podía haber sido lo suyo (en el anterior régimen de separación y divorcio las actuaciones reprochables reiteradas o graves contra los hijos permitían tal acceso), y mucho menos se hace ahora que se establece un sistema de separación y divorcio no causal, donde aquélla en ningún caso es presupuesto de éste, de *acceso unilateral* y que prescinde de la duración del matrimonio (los tres meses pueden ser calificados como irrelevantes como lapso temporal y en cualquier caso soslayables en situaciones de riesgo entre otros casos para los hijos —nuevamente el *rasgo facilitador*—). En cuanto a los efectos patrimoniales, la dedicación a la familia puede tener incidencia a efectos de pensión compensatoria en caso de separación o divorcio o de indemnización en caso de nulidad.

Y no se olvida, para terminar, que en tema sucesorio es regla general que, mediando legítimas, los derechos sucesorios del cónyuge viudo se vean reducidos en caso de existencia de hijos y que, en el orden de la sucesión abintestato, el cónyuge esté detrás no sólo de los hijos sino de los ascendientes.

IV.- Reitero que no se trata de obviar lo determinante de la prole en el surgimiento de la institución y en el impulso personal al emparejamiento estable. Ni que la existencia de hijos pueda determinar la aplicación de determinadas normas para regular las relaciones entre cónyuges durante el matrimonio o cuando el mismo se extingue.

Lo que se ha procurado es poner de manifiesto que, una vez que se realizan determinadas opciones legales, la irrelevancia de la reproducción en el plano constitutivo y fundamentalmente el igual tratamiento de los hijos ante la Ley con independencia de su origen matrimonial o no, prole y matrimonio se separan estructuralmente. Por eso, y después se insistirá en esta idea, el *debate* jurídico sobre la pareja es *autónomo* y únicamente no debería serlo si las opciones legales respecto de la pareja perjudicaran —cosa que no parece que ocurra— la reproducción y la continuidad de la especie.

Otra es la discusión sobre la prole y filiación: en general —y no estoy expresando ahora ninguna posición personal— podría discutirse si conviene que una persona sola adopte, si procede que una mujer sola sea receptora de embriones o de gametos masculinos a través de técnicas de reproducción asistida, si la filiación debe quedar determinada respecto de dos personas del mismo sexo, cómo debe plantearse la adopción por parte de la nueva pareja de una madre o un padre, etc. En la mayor parte de estos casos el criterio de decisión es casi exclusivamente ideológico y creo sinceramente que por ese motivo quienes nos dedicamos al Derecho tenemos muy poco más que decir que cualquier otra persona. Pero, en lo que hace a los casos en los que la referencia es una pareja, hoy y por las razones expuestas, las decisiones sobre las cuestiones reseñadas, también las restrictivas, no deben condicionar el modelo legal de la misma (por poner un ejemplo de actualidad: el que la filiación no hubiera podido determinarse respecto de dos personas del mismo sexo ello de por sí no hubiera sido óbice para que hubieran podido casarse). Tengo además para mí que en este tema, el de la pareja, y en la actual coyuntura española, hay más ámbito para la reflexión jurídica y espero que así se ponga de manifiesto a lo largo de estas líneas. Es evidente que cualquier reflexión técnica viene condicionada por lo ideológico, de modo que no se interprete lo anterior como afirmación de un propósito de ser *aséptica*. Sólo quiero decir que en este trabajo se utilizan los *rudimentos* del oficio de jurista.

V.- Al anunciar y circunscribir el objeto de atención, se ha hecho referencia al tratamiento jurídico de la pareja y en las líneas anteriores se aludía tanto al matrimonio como a la pareja institucionalizada, entendiendo por tales a las parejas no matrimoniales reguladas. Ésta es, sin embargo, una reflexión que se pretende sea fundamentalmente sobre el matrimonio y que creo que efectivamente lo es. Ahora bien, hoy, y especialmente en España, no se puede hablar sobre el mismo sin mirar hacia fuera y calibrar su posición. Ahora fuera también hay institución y lo cierto es que, bien pensado y en puridad de términos, matrimonio y pareja institucionalizada pueden verse aquél como especie y ésta como género (que englobaría también a las parejas *de Derecho* no matrimoniales). Aunque, y yendo más allá de los términos, quizás terminemos pensando que todo es matrimonio.

Para la mirada hacia adentro del matrimonio se ha escogido como perspectiva o hilo conductor la posibilidad de acceder al mismo por parte de las personas del mismo sexo. Al fin y al cabo, casi todo el debate sobre la materia se ha trasladado a si tal relación debía y/o podía ser matrimonio y a si el matrimonio ha resultado profunda e irremediamente desdibujado; esto es, a la *esencia* o al concepto del matrimonio.

Si pudiera por tanto sorprender que en un foro sobre nuevas familias se hable de matrimonio, creo que mi participación quedará convenientemente adaptada o integrada habida cuenta de que al fin y al cabo se abordan dos temas tradicionalmente englobados en ese ámbito temático: el matrimonio de los homosexuales y las parejas no matrimoniales.

## 2. LOS PERFILES INTERNOS DEL MATRIMONIO. A PROPÓSITO DEL ACCESO AL MISMO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

### A) PREVIO

I.- En virtud de la Ley 13/2005, de 1 de julio, pueden contraer matrimonio entre sí las

personas del mismo sexo. Puede decirse, por tanto, que entre nosotros la diversidad sexual ha dejado de ser una nota característica o definitiva de la institución matrimonial. Otro tanto, como es sabido, ocurre en Holanda, Bélgica, Canadá y Sudáfrica. También pueden contraer matrimonio las personas del mismo sexo en el estado de Massachussets, Estados Unidos pues, tras la sentencia de la *Supreme Judicial Court* de Massachussets, *Hillary Goodridge and others v. Department of Public Health*, de 18 de noviembre de 2003, que estableció que era contrario a la Constitución del mencionado Estado el negar a las parejas homosexuales los efectos derivados del matrimonio, se han venido celebrando matrimonios *homosexuales*; sin embargo, actuaciones legislativas posteriores, en primer lugar de índole federal y posteriormente de los Estados federados, han determinado que en la mayoría de los Estados de la Unión no se reconozcan los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en Massachussets.

Formalmente, la reforma se ha realizado incluyendo un segundo párrafo en el artículo 44 del Código Civil; de manera que, si en este precepto antes sólo se señalaba que el *hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código*, ahora se añade que el *matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo*.

Esta sistemática ha sido criticada viendo en ella una diferenciación innecesaria y considerando que carece de sentido mantener ya la referencia al hombre y a la mujer. Es cierto que da la impresión de que la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo se refleja legislativamente como una especie de añadido al modelo tradicional, el matrimonio entre hombre y mujer. Pero puede que la opción formal del legislador tenga una justificación o, cuando menos, una motivación: mantener una continuidad con los términos que, a propósito del matrimonio, se utilizan en la Constitución y rechazar una determinada inteligencia de los mismos. En el artículo 32.1 CE se establece que *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer*

*matrimonio con plena igualdad jurídica* y, como luego veremos, la mención a ambos sexos se ha erigido en argumento de que la diversidad sexual es una exigencia constitucional. Pues bien, no es descartable que, manteniendo en el Código casi los mismos términos que la Constitución, pretenda hacerse patente que los mismos se tienen bien presentes, pero que no impiden el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo.

II.- En general en el debate —jurídico y extrajurídico— en torno a la *extensión* del matrimonio a las parejas homosexuales, uno de los elementos centrales de la discusión ha sido el modo en el que ello afecta a los perfiles del matrimonio, considerándose, desde posturas contrarias a tal extensión, que con ello se subvertiría la institución. Si este hubiera sido entre nosotros el único plano del debate, una aproximación a la nueva situación tendría mucho de mirada al pasado, aunque éste sea muy reciente; y ello porque cualquier reflexión y valoración sobre el eventual *cambio* operado en la institución matrimonial no podría obviar el dato de que el legislador ya ha decidido que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Sin embargo, en el caso español el asunto tiene un particular tinte constitucional cuya real intensidad va a ser finalmente determinada por el Tribunal Constitucional.

Ese *particular* tinte constitucional se debe a que, como ya se ha visto, en el artículo 32 I CE se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Como garantizándose el derecho al matrimonio se está garantizando al mismo tiempo la institución matrimonial, se ha defendido que la Ley 13/2005 vulneraría el mencionado precepto al modificar el concepto constitucional de matrimonio; y este es uno de los argumentos del recurso de inconstitucionalidad planteado el 28 de septiembre de 2005 por más de cincuenta diputados de Grupo Parlamentario Popular (admitido a trámite por providencia de 25 de octubre de 2005). De este modo, el tema del concepto de matrimonio, la valoración de cuáles son los perfiles del mismo que tienen garantía constitucional, y la determinación de quiénes son titulares

del derecho fundamental —aspectos en muy estrecha relación— cobran una importancia decisiva.

## B) EL DERECHO AL MATRIMONIO, EL MATRIMONIO Y LAS RELACIONES ENTRE AMBOS: POSIBLES LECTURAS AL HILO DE LA CONSTITUCIÓN

I.- La perspectiva jurídica que alienta la opinión de que el matrimonio homosexual resulta incompatible con la Constitución parte de considerar que, al garantizarse el derecho del *hombre* y de la *mujer* a contraer matrimonio, la Carta Magna garantiza que sólo puedan contraerlo el hombre y la mujer entre sí. Y ello porque la garantía del matrimonio que se derivaría del artículo 32 I CE exigiría mantener la institución reservada a sus sujetos tradicionales. Sólo así se garantizaría el *contenido esencial* (cfr. art. 53.1 CE) del derecho. Una Ley que admitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo sería por tanto inconstitucional.

Esta es en resumen una parte importante de la línea argumental del recurso de inconstitucionalidad planteado (Fundamentos de Derecho primero y segundo) y, sin duda, el fundamento del criterio de la doctrina, claramente mayoritaria antes de la Ley 13/2005 y de número muy considerable en la actualidad, que considera que el matrimonio está reservado constitucionalmente a la pareja formada por hombre y mujer.

Como se ha visto, punto de apoyo para esta interpretación es que en el artículo 32 I CE se habla de hombre y mujer; mención que contrasta con los términos genéricos y neutros de *los ciudadanos*, *todas las personas* o *todos los españoles* que por doquier aparecen en el resto del articulado. Es cierto, se reconoce, que no se habla del derecho del hombre y la mujer a casarse *entre sí*, pero parece pensarse que ello hubiera sido redundante.

En la misma línea se insiste en que también se alude a *hombre* y *mujer* en los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por

España: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), Convenio de Roma (art. 12) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2). Circunstancia que, invocando el artículo 10.2 CE, suele utilizarse como argumento de refuerzo de la tesis de la garantía constitucional del matrimonio heterosexual; y, de hecho, en el recurso de inconstitucionalidad uno de los motivos alegados es el de la infracción del art 10.2 CE. Sin embargo, en el art. II-69 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se hace referencia al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia de manera impersonal.

La predicada reserva constitucional del matrimonio para las personas de distinto sexo, parece erigirse propiamente en una *reserva de nombre* frente a otras realidades, porque entre nosotros prácticamente no se han alzado voces (*vid.*, sin embargo, el informe de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia) que reclamen como imperativo constitucional el que la institucionalización de las parejas homosexuales deba conllevar efectos distintos a los del matrimonio —e insisto en que al hablar de efectos o régimen del matrimonio me refiero estrictamente a la pareja—. Antes al contrario, pues en el propio recurso de inconstitucionalidad se habla de una coincidencia de todos los grupos parlamentarios para regular las convivencias homosexuales *con los mismos o similares efectos que para las parejas heterosexuales*.

Precisamente esta suerte de monopolio del nombre es lo que viene a subyacer en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 17 de julio de 2002: cuestionándose si la Ley para poner fin a la discriminación de las parejas del mismo sexo de 16 de febrero de 2001 vulneraba —al establecer una figura con contenido comparable al del matrimonio— la garantía de esta institución contenida en el artículo 6 I de la Constitución (*Familia y matrimonio quedan bajo la especial protección del Estado*), el Tribunal, que parte de que la diversidad sexual es una nota del matrimonio garantizado en la Constitución, considera que tal garantía no exige tratar peor a otras convivencias. Criterio que se alcanza por mayoría de tres votos a dos

y expresando los magistrados de la minoría su parecer contrario en sendos votos particulares. Votos particulares en los que se insiste en que la garantía constitucional del matrimonio se vulnera también si *bajo otro nombre* se regula la pareja del mismo sexo atribuyéndole los derechos y obligaciones que corresponden al matrimonio.

II.- La postura anterior se asienta en la idea de que el reconocimiento del derecho al matrimonio del hombre y de la mujer para casarse entre sí lleva necesariamente aparejado la garantía de que el matrimonio sólo puede ser entre dos personas de distinto sexo. Sin embargo, incluso dando por bueno que el derecho al matrimonio sólo se garantice en la Constitución al hombre y la mujer para contraer matrimonio entre sí, esto es que la diversidad sexual sea presupuesto del *ius connubii*, no necesariamente debe derivarse de ahí que la Constitución exija que sólo puedan acceder al matrimonio las personas de distinto sexo. Esto es, que garantice que el matrimonio sólo puede ser entre hombre y mujer.

¿Cómo compatibilizar la constitucionalidad del reconocimiento de la posibilidad de casarse a la parejas homosexuales con la idea de que la diversidad sexual es presupuesto del *ius connubii*? Ello pasa por entender que la Constitución exige reconocer el matrimonio entre hombre y mujer, pero que no pretende vetar el reconocimiento de esta posibilidad por parte del legislador ordinario a las parejas del mismo sexo. Si así se razonara, habría de entenderse que la diversidad sexual no se integra en el concepto constitucional del matrimonio sino que esa circunstancia se limita a ser un presupuesto del reconocimiento constitucional del derecho. Impedir el acceso al matrimonio por parte de las parejas homosexuales no sería una imposición constitucional. De aquí podría concluirse, sin más, que el matrimonio homosexual es perfectamente constitucional y disponible para el legislador ordinario. Pero también podría considerarse que, aunque se entienda que la Constitución no pretende excluir el matrimonio homosexual, para su constitucionalidad resultaría necesario, además,

comprobar que con ello no resulta *borrada* la imagen del matrimonio, vulnerándose así su garantía y el contenido esencial del derecho garantizado.

No puede decirse propiamente que el Auto del Tribunal Constitucional 222/94, de 11 de julio se alinee con la postura de que la Constitución no exige la diversidad sexual, pero tiene cabida perfectamente en la misma. Se trataba de un recurso de amparo, por vulneración del artículo 14 CE, planteado por un convivente, varón, al que se le había denegado una pensión de *viudedad* tras la muerte de su compañero, también varón. La base del recurso radicaba en que, al conectar la Ley el reconocimiento de la pensión a la existencia de un previo matrimonio, se colocaba a los homosexuales en una situación de desigualdad por no existir la posibilidad legal de contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo. En el Auto, que es desestimatorio, se hace un permanente esfuerzo por intentar equiparar este caso al de las parejas heterosexuales. En tal supuesto, como se sabe, el Tribunal Constitucional ha considerado repetidas veces que no vulnera la Constitución el no reconocimiento del derecho a pensión a un convivente, erigiéndose en argumento básico el que la Constitución, el artículo 14, no exige tratar igual a la pareja matrimonial y a la no matrimonial y que el matrimonio *puede* recibir por tanto una protección mayor que la unión extramatrimonial; y ese es también el argumento que se ofrece como punto de apoyo fundamental. Sin embargo, como el recurso de amparo, dando esto por supuesto, va más al fondo y plantea la imposibilidad de casarse, igualmente se señala, aludiendo a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial*. También se dice —y cabe pensar que ahora no se diría— que los miembros de una pareja del mismo sexo *no tienen un derecho constitucional a su establecimiento* o que los poderes públicos *pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual*, aunque finalmente se añade que ello *no excluye que por el legislador*

*se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los conviventes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal y como propugna el Parlamento Europeo*. Pero nótese que tales afirmaciones ni siquiera entonces, y se realizaban en un contexto social muy distinto del actual, resultan acompañadas de la consideración de que el texto constitucional *reserve* el matrimonio para la pareja heterosexual.

En el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto, se contienen párrafos que leídos aisladamente llevarían a ubicar aquí su posicionamiento: “...el artículo 32.1 de la Constitución garantiza el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer, y no a las parejas del mismo sexo. Ahora bien, la referencia expresa al ‘hombre y la mujer’ no supone, por sí misma que se reserve a las parejas heterosexuales el acceso al conjunto de derechos y deberes que integran el estatuto matrimonial, sino que, entre las legítimas opciones de política legislativa, cabe la posibilidad de que el legislador lo extienda a las parejas integradas por personas del mismo sexo”. Pero también se realizan consideraciones como la siguiente: “El Anteproyecto no se orienta a limitar directamente unas u otras posibilidades de actuación inherentes al derecho a contraer matrimonio hasta ahora reconocido a las parejas heterosexuales. Sin embargo, el hecho de abrir la institución matrimonial a parejas del mismo sexo supone un cambio especialmente profundo en dicha institución, que delimita y afecta a esas posibilidades de actuación, hasta el punto de plantear si, con ello, no se está alterando la naturaleza jurídica del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 32 de la Norma Fundamental”. Y es cierto que no termina de haber un posicionamiento al respecto, pero también es verdad que se desaconseja la vía matrimonial para la juridificación de las parejas homosexuales.

III.- Las dos posturas precedentes tienen en común la consideración de que en el artículo 32 CE sólo se reconoce el *ius connubii* al hombre y a la mujer para casarse entre sí. Sin embargo, cabe otra lectura sobre los perfiles constitucionales de la cuestión. La misma partiría de que el derecho al matrimonio se reconoce

al hombre y a la mujer con independencia de con quien lo contraiga e implicaría que la transformación de la base subjetiva tradicional de la institución venía impuesta constitucionalmente. Esto es, que el no permitir el acceso al matrimonio de las personas del mismo sexo sería contrario a la Constitución. En auxilio de esta interpretación vendrían los artículos 10.1 y 14 CE, entendiendo para ello que la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad exigen que las parejas del mismo sexo puedan configurar jurídicamente su relación exactamente igual que las personas de distinto sexo; igualdad que sería no sólo de contenidos sino de nombre.

IV.- Cualquiera de las dos últimas *lecturas* permite defender la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una diferencia entre ambas, sin embargo, resulta evidente: mientras que en la segunda se trata de una cuestión de legalidad ordinaria y sometida por tanto al albur de eventuales cambios de composición en el Parlamento, en la tercera la situación no tendría vuelta atrás porque el legislador no habría hecho sino cumplir con una exigencia constitucional.

Otra diferencia estaría relacionada con la eficacia del eventual derecho en las relaciones entre particulares. Un ejemplo que suele plantearse es el de las atribuciones gratuitas: un testador (o un donante) *penaliza* haber contraído matrimonio con una persona del mismo sexo, beneficiando o no a otros sujetos. Pero precisamente en el caso de las atribuciones gratuitas realmente poca diferencia habrá entre si se considera o no que contraer matrimonio con una persona del mismo sexo es un derecho garantizado constitucionalmente. Y es que, aunque se tratara de un derecho con reconocimiento constitucional (arts. 10.1 y 32 CE), en los actos gratuitos debe primar la autonomía de la voluntad. Por eso sería incuestionable jurídicamente la decisión de un testador que en el ámbito de su libertad —más o menos amplio en función de si goza de total libertad de disposición *mortis causa* o viene sometido a un sistema legitimario— decide, e incluso

así lo explicita, no atribuir nada a una persona por el hecho de haber contraído matrimonio con otra del mismo sexo. Y lo mismo habría de decirse si la mencionada no atribución fuera acompañada de una atribución a otra persona precisamente por haber contraído matrimonio con persona de diferente sexo. En este último supuesto hay, además, un trato desigual, pero el artículo 14 CE también debe ceder aquí ante la libertad. Los ejemplos anteriores giran en torno a nuestro objeto de estudio, pero a las mismas conclusiones llegaríamos en supuestos de heterosexualidad. Pensemos en un testador que, pudiendo disponer libremente, descarta una atribución por el hecho de que el eventual beneficiario se haya casado, lo haya hecho con una determinada persona o no se haya casado. Aunque nadie discuta que esa persona ejercita un derecho protegido en el artículo 32 I CE y conectado al artículo 10.1 CE, e incluso aunque estuviera presente el plano de la discriminación (porque se atribuye a quien no se casa, o a quien se casa con determinada persona o a quien se casa), en estos casos debe darse preferencia a la libertad.

En lo que hace a relaciones contractuales (y aquí se incluyen las societarias), ante situaciones en las que se brinda peor trato a un matrimonio homosexual que a uno heterosexual, o se excluye a quien haya contraído matrimonio con otra persona de su mismo sexo, teóricamente *sí podría* tener relevancia el que se trate o no de un derecho reconocido constitucionalmente. Pero no tiene por qué tenerla. Así en el caso del contrato de trabajo, ya a nivel de legislación ordinaria (*vid.* arts. 4.2,c y 17 ET) se contienen normas que prohíben la *discriminación* por razón de estado civil y sexo. Además cabe preguntarse sobre si aunque se concluyera que contraer matrimonio con una persona del mismo sexo no es un derecho garantizado constitucionalmente, en el caso podrían entrar en liza derechos fundamentales como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad o la igualdad e interdicción de la discriminación. Por otra parte, y aun estimando que se trate de un derecho protegido constitucionalmente, ya se dicho que en las relaciones entre particula-



res, el derecho que se pretende hacer valer se confronta con la libertad y la autonomía (arts. 9.1 y 10.1 CE); por ello, si no ha mediado el legislador ordinario como ha ocurrido en el ámbito laboral, a la vista de las circunstancias del caso, los intereses en liza y la posición en la que se encuentren los sujetos, su virtualidad podrá quedar neutralizada por tales derechos —de hecho es criterio generalizado que sólo en los supuestos en los que se trata de ámbitos socialmente relevantes o el sujeto que esgrime su autonomía se encuentra en una posición dominante en el mercado o en la sociedad, no ha de prevalecer tal autonomía—.

V.- Expuestas las posibles lecturas o posibilidades, resulta razonable esperar un posicionamiento de quien escribe estas líneas. Sobre mucho de lo dicho tengo, cómo no, criterio, pero antes de exponerlo considero útil realizar algunas consideraciones sobre el matrimonio, su contenido, función y posición. Y es que tales consideraciones no son ajenas a mi opinión sobre el tema que nos ocupa.

### C) ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL MATRIMONIO, SU FUNCIÓN Y CONTENIDO ESENCIAL

I.- Cuando en obras generales de Derecho Civil se aborda el tema del matrimonio no es extraño que se aluda a su variabilidad. Variabilidad en el sentido de que su conceptualización y significado dependen de cada momento histórico. Sin embargo, siendo lo anterior evidente, y además no discutido, a veces, y nuevamente es un ejemplo de ello la polémica planteada al hilo de la aprobación y gestación de la Ley 13/2005, da la impresión de que se evoca una idea de matrimonio inmutable a lo largo de los siglos y casi prejurídica.

En la historia pueden encontrarse hitos, de distinta trascendencia y significado, que ilustran esa transformación (véase, al respecto, la ilustrativa monografía de COONTZ). Alguno de ellos es, cuando menos para nosotros, bastante reciente. Así, y sin ningún orden concreto, puede aludirse a su consideración como una institución exclusivamente civil y por tan-

to sometida sólo a las leyes del Estado, a su desconexión; y en ella se ha hecho ya especial incidencia, en el plano jurídico respecto de la procreación, la disolubilidad y la progresiva facilitación de la misma, o la igualdad de los cónyuges. Hoy en día, además, en el imaginario social y en la percepción individual, el matrimonio, sin que se obvien su trascendencia y efectos económicos, se contempla —y a ello no es ajeno el cambio de las condiciones económicas, la potenciación de la autonomía personal y la igualdad de la mujer— como un medio de satisfacción emocional y sexual y no con un carácter cuasicomercial. Y no conviene obviar, en fin, que se está produciendo una cierta pérdida de centralidad del mismo. Entre las causas se encuentra un cierto rechazo de la figura —sea por lo que el nombre evoca o sea porque implica una institucionalización—, pero ello ha venido claramente posibilitado por la aceptación de las relaciones no matrimoniales y por la igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su origen matrimonial o no (que ha determinado que el matrimonio no se busque como un medio *legitimador*). Pero es que, además, esa pérdida de centralidad viene de alguna manera impulsada por los poderes públicos a través de la regulación de instituciones de pareja que tienden y atienden a los mismos intereses que lo que denominamos matrimonio.

II.- En el Derecho Civil no suele dedicarse mucho esfuerzo a conceptualizar el matrimonio. Ciertamente en cualquier Manual o Tratado puede hallarse una definición. Lo que ocurre es que, superada ya la etapa de mimetismo con el modelo canónico, en esas definiciones los términos de *unión estable*, *comunidad de vida*, *comunidad plena* que se utilizan (de *institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja* habla el Preámbulo de la Ley 13/2005) a duras penas permiten intuir los elementos que en el plano jurídico se puedan ofrecer como estructurales.

Esta es la razón por la que, cuando se habla de consentimiento matrimonial (*no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*, reza el art 45 I CC), la reflexión sobre el *contenido* o

*tipo legal* —del que se dice es extraordinariamente amplio— que ha de ser asumido y querido para entender que hay consentimiento y por tanto matrimonio, se realiza en términos muy amplios y no definidos más allá de formulaciones generales. Y así se dice que los contrayentes deben tener la voluntad específica de realizar entre sí los fines asignados a la institución o que matrimonial es el consentimiento dirigido a alguna de las posibles concreciones de la relación que genéricamente se configura en los arts. 66 ss. La tónica de la generalidad es no sólo comprensible sino difícilmente evitable, y es que no sólo se debe a la *falta de práctica* derivada de la sustracción tradicional de la materia al Derecho Civil —en un sistema de matrimonio civil subsidiario, la misma era monopolizada por el Derecho y jurisprudencia canónicos— sino a la ya mencionada indefinición de cuáles serían los elementos esenciales que definirían el matrimonio de suerte que su exclusión determinara que no haya consentimiento matrimonial; ello (y son palabras tomadas casi textualmente del maestro LACRUZ) en estrecha relación con una mayor cautela por parte del Derecho Civil de cara a indagar en las representaciones de los contrayentes y la ponderación de las exigencias de la seguridad jurídica en la relaciones de estado civil.

Es cierto que en los artículos 67 y 68 CC se proporcionan, bajo la fórmula de deberes, unas directrices que implican una comunidad de vida y de algún modo la perfilan (*vid.* también art. 1 Código de Familia catalán), pero sencillamente resulta estéril por imposible precisar en abstracto la posición o relevancia de cada uno de ellos en la configuración jurídica del matrimonio. Es extraño al mundo jurídico hablar de instituciones intuitibles pero difícilmente definibles con rigor y precisión, pero algo de esto es lo que ocurre con el matrimonio. Y es que, y ya colocados en el plano del incumplimiento, repárese en la evidente imposibilidad de constreñir al cumplimiento de los deberes que dibujan la institución (excepción hecha, por supuesto, de la obligación de alimentos. En el recurso de inconstitucionalidad planteado, sin embargo, se considera que el

matrimonio es, en su núcleo central y básico, una institución *de contornos precisos* que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie.

Pues bien, resulta que en este panorama de *transformaciones* y de *indefinición*, la diversidad sexual ha sido hasta ahora uno de los datos claramente caracterizadores del matrimonio. De ahí que no pueda negarse la magnitud y trascendencia del cambio introducido por la Ley 13/2005. Para unos implicará una variación objetiva de la institución y para otros, dado que no resulta alterado el contenido, se tratará de una modificación subjetiva. En todo caso ha determinado que en el mundo jurídico español —y no sólo en la civilística— vuelva a hablarse del concepto de matrimonio, ciertamente casi siempre para poner de manifiesto que se altera una institución milenaria o se traiciona la esencia de la institución.

III.- El matrimonio se identifica con una unión estable, constituida por la voluntad de dos personas, basada en la atracción sexual y el afecto y determinante de un proyecto vital conjunto y a la que se accede a través de la expresión, formal, de un consentimiento.

Semejante atracción y afecto sólo se ha predicado del hombre y la mujer entre sí. Pero resulta que se ha hecho evidente que las parejas homosexuales se colocan en un escenario similar: impulsados también por la atracción sexual y el afecto, establecen uniones estables que implican un proyecto vital conjunto. Ya nadie discute que tales uniones deben ser reguladas jurídicamente (de hecho, en las Leyes autonómicas de *parejas*, y a ello se hará referencia en breve, reciben la misma regulación que las uniones heterosexuales; cfr., sin embargo, la estructura de la Ley catalana 8/1998); e incluso se llega a dar por bueno ello es exigencia de los artículos 10.1 y 14 CE.

Tampoco entre nosotros hay oposición a que esa regulación sea similar o igual que la del matrimonio (las reservas se plantean siempre respecto de la filiación, pero lo relativo a ésta propiamente no forma parte del núcleo del estatuto matrimonial). Pero, ¿por qué no puede

ser la del matrimonio? Sin duda, para muchos, la respuesta sería porque la Constitución lo impide. Sin embargo, olvidémonos por un momento del artículo 32 I CE —aquí todavía no se ha hecho ningún pronunciamiento al respecto— y coloquémonos sólo en el terreno de lo que se considera más *conveniente*.

No creo aventurado decir que, en el escenario que se acaba de diseñar, el argumento fundamental en contra del matrimonio homosexual sería el de su diferencia respecto del matrimonio entre hombre y mujer, y que en ello subyace la consideración que dos hombres y dos mujeres *son algo distinto* a un hombre y mujer.

Ciertamente dos hombres o dos mujeres, amén de no ser lo mismo entre sí, no son tampoco un hombre y una mujer; pero la clave reside en si sus parejas deben ser distintas para el Derecho cuando tiene en cuenta esa vida en común para perfilar una institución jurídica. Yo creo que sólo deben ser distintas si hay una razón que lo justifique.

A menudo la razón que se esgrime para la diferencia es la reproducción, pues un hombre y una mujer pueden reproducirse entre sí y sin embargo no lo pueden hacer dos hombres o dos mujeres. Y ciertamente esta sería una razón atendible si la prole —la aptitud y la intención de procrear— formara parte del *contenido esencial* del matrimonio, o, incluso si, aun no formando parte —como no lo hace—, el que se tratara jurídicamente de modo distinto a las parejas heterosexuales y homosexuales fuera un factor claramente favorecedor de la reproducción —y aceptando pues que ese favorecimiento es algo deseable—. *Pero las normas sobre el matrimonio no privilegian las relaciones heterosexuales procreativas, no requieren capacidad o intención de concebir niños, ni la fertilidad es una condición del matrimonio, y además la comunidad facilita la procreación sin mirar el estado civil ni la orientación sexual de los padres* (tales ideas corresponde a la sentencia, ya aludida, de la *Supreme Judicial Court* de Massachussets, *Hillary Goodridge and others v. Department of Public Health*, de 18 de noviembre de 2003).

IV.- Sentado lo anterior, y a mayor abundamiento, no debe olvidarse que la sencillez, cuando va acompañada de la necesaria precisión, es un valor importante en un sistema jurídico (en el dictamen del Consejo de Estado se dice, sin embargo, que la *diversidad de modelos de pareja llevaría, en consecuencia, a una especialización y a un enriquecimiento jurídico y lingüístico*). Si la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad exigen la institucionalización de las parejas homosexuales y tal juridificación conlleva el mismo contenido por lo que hace al estatuto de la pareja, ¿qué sentido tiene diferenciarlas por el nombre? Francamente, no habiendo una razón atendible que justifique la diferencia, es difícil no ver en ella un claro perfil de desvalor hacia la pareja homosexual. Puede apelarse a la tradición, pero la tradición —que, por cierto, en el Derecho de Familia muy a menudo no es merecedora precisamente de homenajes— sólo se debe mantener si lo que nos ha llegado del pasado es útil de cara al futuro, y no parece que, en el caso, esa prueba de utilidad resulte superada.

Pero volvamos a la realidad: en la Constitución se alude al matrimonio y esa alusión se articula a través del reconocimiento del derecho al mismo al *hombre* y a la *mujer*. Las consideraciones anteriores se han hecho desde la perspectiva de lo que se considera mejor, pero no siempre un texto constitucional permite lograr lo que, en perspectiva ciertamente subjetiva, se considera bueno. En tal caso, aun no compartiendo la regla de juego y propugnando su modificación, no queda sino acatarla ¿Es éste el caso? Yo creo, por lo que se dirá a continuación, que no.

## D) APUNTE FINAL SOBRE CONSTITUCIONALIDAD

I.- El artículo 32 I CE está redactado de forma que evidencia el claro propósito de expresar la igualdad entre los cónyuges como concreción, innecesaria en lo jurídico pero efectiva como gesto (habida cuenta del terrible panorama legal de discriminación hacia la mujer con el que la Carta Magna dio al traste),

de lo establecido en los art. 9.2 y 14 CE. Un aspecto trascendente, y no discutido, del precepto es que el matrimonio se consagra como un derecho y que tal consagración extiende un manto de garantía sobre la institución. De modo que la polémica queda centrada en la repercusión constitucional de la referencia al *hombre* y a la *mujer*: determinante o configuradora del perfil de la institución garantizada, sólo circunscrita a señalar quiénes son los titulares del derecho constitucional, o irrelevante a uno y otro efecto.

La consideración de que el matrimonio entre homosexuales es inconstitucional parte de que el contenido esencial del derecho (cfr. art. 53.1 CE) exige que se reserve al hombre y a la mujer (entre sí); y ello porque si se permitiera casarse a las personas del mismo sexo se habría mutado la institución —configurada en la Constitución como exclusivamente heterosexual— y por tanto el aludido contenido esencial.

No se trata de discutir que en la representación del matrimonio que se pudo hacer el legislador constitucional los sujetos eran el hombre y la mujer (¡era la España de 1978!), ni de afirmar que el legislador quiso *conscientemente* dejar el tema abierto. Pero de lo mismo no hay que inferir que los constituyentes que, ni a duras penas podrían hacerse cabal representación de que hoy la juridificación de las parejas homosexuales sería no sólo unánimemente aceptada sino considerada por muchos exigencia de la propia Constitución —y recuérdese que este extremo era negado, todavía en 1994, por el propio Tribunal Constitucional—, tuvieran el decidido y firme propósito del excluir del matrimonio a las personas del mismo sexo.

Podría pensarse que participando de lo anterior, y yo lo hago, se da por despejado todo posible obstáculo a la constitucionalidad. Pero puede no ser exactamente así, porque una cosa es considerar que no estaba entre las preocupaciones del legislador constitucional erigir la diversidad sexual como configuradora del matrimonio, y otra que *hoy* tal característica no lo sea realmente, en cuanto que exigida por la propia garantía del instituto *matrimonio* —pre-

supuesto de la efectividad del *contenido esencial* del derecho—. Y así sería caso de que se pensara que el matrimonio deja de ser reconocible como tal, que ha mutado hasta desdibujarse realmente su imagen, o que ha transformado su valor fundamental en la sociedad por el hecho de que se casen dos personas del mismo sexo. Sin embargo, yo tampoco creo que sea así: la percepción social del matrimonio —en cuanto institución exclusivamente civil— no parece que haya variado, ni que se haya diluido su imagen o que no pueda cumplir las funciones que hasta ahora cumplía. Antes al contrario, y ya se ha dicho, de alguna manera queda reforzado. Por eso creo que se acierta en el diagnóstico de la situación cuando en el Preámbulo de la Ley se dice que se respeta la *configuración objetiva* de la institución. El cambio es revolucionario, pero no para los sujetos tradicionales del matrimonio —el contenido esencial de su derecho no resulta afectado—, sino para las parejas homosexuales.

II.- Lo dicho supone un posicionamiento a favor de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero decir que es constitucional porque no se lesiona la garantía del matrimonio y, por tanto, no resulta afectado el contenido esencial del derecho al mismo, deja sin resolver todavía la cuestión de los sujetos a los que se garantizaría constitucionalmente el derecho. La interpretación que daría alguna utilidad a la mención del hombre y la mujer sería entender que es a estos, para casarse entre sí, a quienes se garantiza el derecho, y que su extensión a las parejas homosexuales es una opción —a mi juicio muy acertada— del legislador ordinario. Y es que la otra lectura, la de que el matrimonio homosexual es exigencia constitucional, prescinde de dar cualquier tipo de trascendencia a la referencia al hombre y la mujer: sólo serviría a efectos del *gesto* —irrelevante en el plano jurídico— al que se aludía al principio de este epígrafe.

¿Cuál es mi postura al respecto? Hace un tiempo —cuando en el horizonte no era imaginable la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales—, me mostraba proclive a la más *contemporizadora* de las dos lecturas: no se

trataba de una exigencia constitucional, pero posibilitar que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio era perfectamente disponible por parte del legislador ordinario. Pero ahora, y es una impresión muy subjetiva, tengo para mí que, a medida que pasa el tiempo y se normaliza el acceso al matrimonio de las parejas homosexuales, es más difícil no terminar viendo la situación como exigencia constitucional.

### 3. EL MATRIMONIO HACIA FUERA: SU POSICIÓN Y SIGNIFICADO EN EL ACTUAL MARCO DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PAREJA

I.- El matrimonio ya no es entre nosotros el único modelo jurídico de pareja o de institucionalización de la misma. Cuando, a finales de los años setenta, se incorporó a los programas de Derecho de Familia el estudio de las parejas no matrimoniales todavía se consideraba necesario incidir en la validez de los pactos entre convivientes, apartando la sombra de la causa ilícita. Ahora, sin embargo, ya nos encontramos con que la regulación de las parejas no matrimoniales, ha generado un *nuevo producto jurídico* (a pesar de la diversidad normativa se utiliza el singular para definirlo como género frente al matrimonio) de creciente aceptación; y ello obliga a reflexionar en conjunto sobre la institucionalización de la pareja y, en definitiva, sobre la posición del matrimonio. Tal y como al comienzo de este trabajo se señalaba, ahora fuera del matrimonio también hay institución.

II.- No creo equivocarme si digo que en la civilística española está muy extendida la opinión crítica respecto del sentido de la regulación de la pareja no matrimonial y, como se verá a continuación, yo comparto esa crítica. El hecho de que entre nosotros la regulación de las parejas no matrimoniales se haya realizado por parte de Comunidades Autónomas *trufa*

el debate de aspectos competenciales. Sin embargo, conviene advertir que la posición crítica es de fondo y que, aun siendo de enjundia los temas de competencia, tal posición no se conecta en lo sustancial con la diversidad legislativa en España. Por eso, lo mismo se diría si el Estado legislara sobre las mal llamadas parejas *de hecho* o si (y esto es puramente una hipótesis, dada la interpretación pacífica que se hace de la reserva al Estado en el artículo 149.1, 8ª CE de la competencia sobre *relaciones jurídicociviles relativas a las formas de matrimonio*) en una Comunidad Autónoma se legislara definiendo los requisitos de constitución de un modelo de pareja matrimonial y otro modelo de pareja paralelo.

Hoy no se acierta a ver un interés, que resulte atendible desde los poderes públicos, en esa institución paralela.

Se debe respetar la libertad de las personas de cara a mantener su relación de pareja al margen de un modelo institucionalizado —y esto, por cierto, no resulta respetado en aquellas normativas que se aplican sin una declaración de voluntad de los miembros de la pareja—. Pero lo que no debe hacerse, y ya está hecho, es precisamente diseñar desde los poderes públicos esa suerte de institución paralela, que cubre las mismas necesidades y expectativas que el matrimonio, cuyo contenido se parece mucho y *que cuando no se parece se percibe por los afectados como un déficit*.

Es posible que se piense que así se concede más ámbito de libertad a las personas o que de ese modo se da satisfacción a quienes no desean acomodarse a un modelo que se percibe *caduco y patriarcal*. Pero la libertad exige que una pareja pueda elegir entre acomodarse o no a un modelo institucionalizado, pero no que pueda elegir entre varios modelos cuando éstos se parecen tanto entre sí —incluso la tradicional diferencia respecto de la disolución, pierde relevancia después de la Ley 15/2005—. Y es que la similitud es inevitable, no sólo porque a menudo es buscada a propósito sino porque, además, habida cuenta del contenido de lo que hoy es propiamente el estatuto matrimonial, aunque se quisiera sería casi imposible marcar

diferencias. No me refiero, por supuesto, a diferencias en cuanto a la regla para solucionar un tema en concreto (diferencias que en España también existen respecto del matrimonio habida cuenta de la diversidad legislativa), sino respecto a los extremos o ámbitos (constitución, extinción, obligaciones entre la pareja, efectos sucesorios, etc.) a regular.

¿Qué decir, en fin, del rechazo no a la institucionalización sino a que ésta se produzca a través del matrimonio? Pues que aceptar la relevancia de tal *percepción* o *sensibilidad* supone falta de reflexión y, en definitiva, desconocimiento de lo que *hoy* es el matrimonio. Falta de reflexión y desconocimiento que resulta especialmente grave en los poderes públicos en lo que suponga falta de conciencia de los logros de una sociedad democrática y ausencia de pedagogía al respecto. Y es que, dando relevancia a esa *sensibilidad*, se está admitiendo implícitamente la existencia de razones objetivas que la justifican; esto es, que el matrimonio es lo que era (basado en la desigualdad, de inspiración religiosa, etc.) y que es un modelo cuyo rechazo ha de ser atendido. Es curioso, pero se trata siempre de una *lucha en torno al nombre*: unos quieren lograr un estatuto matrimonial, pero que no se llame así y en el caso de las parejas homosexuales, que querían que se llamara así, se aceptaba que lograsen tal estatuto, pero no que recibiera el mismo nombre.

III.- Vaya por delante que no se desconoce que es imposible poner freno a la institucionalización de un comportamiento social aceptado y reiterado, pues comenzarían, de un lado, a aparecer normas jurídicas aisladas y sectoriales y, de otro, a reiterarse criterios jurisprudenciales que en algún momento se plasmarían en normas. Desde una posición crítica con la regulación de relaciones de pareja se ha insistido, y yo también lo he hecho, en que esa no regulación es perfectamente compatible, no podría no serlo, con que la pareja pueda regular su relación a través de pactos, con que, ante los conflictos, los tribunales diriman los mismos a la vista de lo acordado y de la aplicación de los institutos generales (responsabilidad civil, enriquecimiento injusto, sociedad, comunidad de bienes, etc.)

y que en ello tengan cabida consideraciones de protección a la *parte más débil*. Ello de por sí ya implica un nivel de institucionalización de *baja intensidad*, que se incrementaría en la medida en la que los poderes públicos o instituciones privadas tuvieran en cuenta la situación —recuérdese que el propio Tribunal Constitucional consideró imperativo constitucional que los convivientes recibieran el mismo tratamiento que los cónyuges en tema de subrogación arrendaticia—. Es evidente que esto es lo que comenzó a ocurrir a lo largo de los años noventa con las *parejas de hecho*, pero hubiera sido un proceso con otro ritmo y cuya real intensidad y trascendencia hubiera habido que ir calibrando en función, cómo no, de su extensión y trascendencia social.

Pero lo que ha ocurrido en España es que ese proceso ha sido estimulado, impulsado y acelerado desde los poderes públicos y en concreto desde la Comunidades Autónomas, pues en la agenda de todos los gobiernos autonómicos y/o de la oposición, tuviera o no la Comunidad competencia en tema civil, se colocó en lugar prioritario el legislar en tema de parejas *estables* o de *hecho*. No había Comunidad Autónoma que pudiera dejar de hacerlo sin dar la impresión de desatender los intereses de la ciudadanía y vulnerar todo un rosario de derechos constitucionales. Y así en los últimos diez años han visto la luz un importante número de Leyes sobre parejas. De todas ellas, sólo las de las Comunidades Autónomas con competencia en tema de Derecho Civil entran a regular en estatuto jurídico privado de la pareja, limitándose el resto a cuestiones de Derecho Público, ciertamente con alguna extralimitación: y es que, si se obvia el carácter civil de las normas que establecen la posibilidad de realizar pactos entre los miembros de la pareja habida cuenta de que es un necesario colofón de la libertad y autonomía personal, no puede hacerse lo mismo ante una norma como el artículo 7 de la Ley 5/2003 de Extremadura, que establece una obligación de compensación económica al cese de la convivencia.

No se puede negar que la actuación autonómica venía a cubrir una necesidad real y una

demanda más que legítima: la de ofrecer un marco institucional para las parejas del mismo sexo que entonces no podían contraer matrimonio. Algunas de estas leyes, además, posibilitaron desde el principio que, vía adopción, la filiación quedara determinada al mismo tiempo respecto de dos personas del mismo sexo; posibilidad que posteriormente incorporaron las que inicialmente no lo habían hecho. Pero lo cierto es que, ofreciéndose un modelo institucional para la pareja con independencia del sexo de sus integrantes, ha resultado que esas leyes fundamentalmente han *afectado a* (o han sido *utilizadas por*, expresión que conviene más a aquellos casos en que su aplicación viene determinada por una declaración de voluntad) parejas heterosexuales.

Resulta lógico el empeño autonómico en construir un entramado jurídico propio. Va en la propia esencia del sistema. A la luz del criterio del Tribunal Constitucional (SSTC 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo) sobre la determinación del ámbito material de la competencia autonómica en tema civil (recuérdese: que lo nuevo guardara una conexión con lo anteriormente regulado) podía discutirse, y se ha hecho, si las cuestiones reguladas en las Leyes autonómicas de Comunidades con competencia en tema civil guardaban la *conexión* necesaria con materias ya reguladas en el respectivo ordenamiento. Pero éste parece hoy un debate no se sabe si dormido o periclitado (así y cuando menos hacia el futuro lo parece claramente respecto de Cataluña habida cuenta de que en el art. 129 de su nuevo Estatuto de Autonomía se consagra lo que se vino a llamar la tesis de máximos: se puede legislar sobre cualquier materia civil con el límite de las materias reservadas al Estado en el art. 149.1.8ª CE). El recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 2/2003 del País Vasco, que en buena medida se centraba en este aspecto (en la interpretación de los términos *conservar*, *modificar* y *desarrollar*), ha sido retirado. Es cierto que siempre está abierta la cuestión de constitucionalidad, pero hoy, y por lo menos respecto del tema que nos ocupa, la regulación de parejas, parece que el

punto de mira se traslada a la *última frontera*: a las materias en todo caso reservadas al Estado en virtud del artículo 149.1.8º CE. Así ocurre con las *normas para resolver los conflictos de leyes*. Tema, como se sabe, especialmente problemático en algunas Leyes (al margen del recurso de constitucionalidad 5297/2000, presentado por ochenta y tres parlamentarios del Grupo Popular contra la totalidad de la Ley 6/2000 de Navarra, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha planteado una cuestión de constitucionalidad, la 228-2003, contra el art. 2.3 de la Ley, que establece su aplicación cuando al menos uno de los miembros de la pareja tenga la vecindad civil navarra). Y quizás ocurra en el futuro, y en breve hablaremos de ello, con la reserva en tema de *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*.

La situación respecto de la institucionalización de la pareja es en buena medida el resultado de una cuestión de tiempos (se adelantó a la reforma de legislación estatal respecto del matrimonio y la adopción) y de reafirmación autonómica.

Es verdad que las Comunidades Autónomas no han incurrido en la incoherencia de duplicar *recursos jurídicos* (matrimonio y pareja no matrimonial) de los que dispusieran en exclusiva: a pesar de la competencia autonómica para regular las relaciones entre los cónyuges y los efectos sucesorios del matrimonio, el matrimonio en cuanto a su forma, requisitos y establecimiento —es decir, determinar cuándo hay matrimonio— es una competencia estatal. Y es verdad también que el Estado tampoco lo ha hecho —incurrir en semejante incoherencia— porque no ha legislado regulando el establecimiento de una institución de pareja no matrimonial. Yo espero, por lo que se dirá después, que no lo haga. Pero se han empezado a oír voces que denuncian la situación de *asimetría* y *discriminación* en la que viven los españoles que *no disponen* de la opción que tienen otros: elegir entre el matrimonio o una pareja con efectos civiles. Y no sé si se aguantará la previsible presión. Es fácil resolver el tema de la determinación de la filiación respecto de

dos personas del mismo sexo que no están casadas: la sede de la norma, por referencia, sin más, a la pareja no casada ha de estar en el Código Civil a propósito de la adopción (ya que ésta es la vía que hoy por hoy el legislador ha establecido para que en todos los casos la filiación pueda determinarse respecto de dos personas del mismo sexo). Esta es una cuestión de filiación respecto de la que es legislador estatal ya se ha pronunciado, en distintos tiempos, respecto de los dos aspectos que lo circunscriben ideológicamente: que las parejas no casadas pueden adoptar (disp. adic. 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre) y que la filiación puede quedar determinada respecto de dos personas del mismo sexo casadas. Ahora le corresponde arreglar y centralizar en sede de adopción todos los flecos pendientes por una reforma no acabada y que por esa razón arroja resultados incoherentes. Pero quedan otros asuntos, propiamente del estatuto de la pareja, y que son de los que pueden aparecer en los titulares de los periódicos: compensaciones en caso de ruptura, derechos sucesorios o incluso eventuales derechos de los acreedores. Piénsese que se trata de parejas que se percibirían en un plano ya institucionalizado no sólo porque se les aplicaría la normativa de Derecho público, brindándoles el mismo trato que al matrimonio, de su Comunidad Autónoma, sino porque incluso habrían pasado frecuentemente por el requisito de inscripción en un Registro. Depende de la presión mediática, del programa electoral de determinados partidos, de las Comunidades Autónomas donde se hagan oír estas voces (piénsese, por ejemplo, en el peso electoral de Andalucía), etc.

Quede sentado, pues, lo evidente: que si los procesos normativos a menudo adolecen de la falta de planificación y estudio suficiente no sólo en el plano técnico sino en cuanto a las situaciones a las que se quiere atender y a la realidad que se pretende conformar, en el caso español la dificultad se acrecienta porque los actores legislativos son distintos Parlamentos. Pero a partir de este dato, y comprendiendo las causas, no puede dejar de decirse que el resultado final es desconcertante y la situación,

contemplada en perspectiva general de institucionalización de pareja, incoherente.

IV.- El hecho es que hoy el matrimonio convive con otras instituciones de pareja con contenido similar. Recuérdese que esa similitud la predicamos de los ámbitos regulados (constitución, extinción, obligaciones de la pareja, efectos sucesorios, etc.) y no siempre de la concreta regla para regular un aspecto y solucionar un conflicto. Ahí la diversidad existe también dentro del matrimonio por efecto de la diversidad legislativa autonómica. Y existe, cómo no, entre los diversos modelos autonómicos de pareja. De todos modos repárese en que, a menudo y luego incidiremos en ello, el propio legislador autonómico, al regular la pareja, les *extiende* normativa autonómica inicialmente prevista para el matrimonio.

Si el órgano de producción normativa fuera el mismo, si se tratara de normas estatales, no habría sino que reiterar lo anterior y esperar y reclamar un momento refundador. Refundación que en realidad supondría el mantenimiento de una institución de pareja que a buen seguro se seguiría llamando matrimonio. Es el poder de los conceptos arquetípicos. Cabría incluso especular sobre si en tal refundación habría de reflexionarse sobre la trascendencia del consentimiento y de la forma. Ahora respecto del matrimonio se trata de elementos esenciales: sólo están casados los que quieren casarse y para estarlo su consentimiento se tiene que expresar de determinada forma. Pero no es así en diversas Leyes autonómicas de parejas pues en unas cuantas de ellas se configura una institución de pareja —se aplica el régimen civil de la Ley— aunque sus miembros no hayan expresado ningún consentimiento al respecto.

Lo que en el matrimonio nos parece evidente, que nadie puede considerarse casado si no expresa su consentimiento y, por razones de seguridad, lo hace de determinada forma, parece que ha dejado de ser tan importante en las instituciones de pareja no matrimonial. En el caso del matrimonio se consideraría que se vulnera la Constitución (el derecho a casarse implica también el de no casarse y ello se conecta con el libre desarrollo de la personalidad)



y no se acierta a ver la razón por la que no ocurre lo propio en las parejas no matrimoniales. Y así se hizo evidente en Baleares y País Vasco donde la inscripción en un Registro resulta constitutiva —como lo resulta finalmente en Galicia—. Es verdad que la exclusiva competencia estatal en tema de Registros Públicos fue un importante elemento disuasorio (claramente tomado en consideración por Aragón, cfr. art. 2 Ley 6/1999, y a lo que parece, cfr. disposición final segunda Ley 10/1998, por Cataluña). Pero, amén de que podía haberse exigido manifestación en escritura pública (así lo exige la Ley catalana para las uniones homosexuales), lo cierto es que el Derecho va *a la caza* de la pareja e institucionaliza a partir de lo que considera hechos concluyentes. Las parejas son ciertamente *de hecho* en la medida en la que el Derecho las entiende constituidas sin una declaración de voluntad.

Cuanto se ha manifestado aquí parece haberse asumido por el legislador gallego. En la redacción originaria de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia, se extendían a las *relaciones maritales* los derechos y obligaciones reconocidos a los cónyuges y se consideraba que tal relación existía por el hecho de convivir un año o tener hijos en común. Sin embargo, un año después, en virtud de la Ley 10/2007 se modifica tal disposición adicional y pasa a requerirse inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia y expresión de voluntad de equiparación de efectos a los del matrimonio. La Exposición de Motivos invoca para la modificación el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad ante la ley y la salvaguarda de la seguridad jurídica.

Pero las leyes son autonómicas y desde luego no van a ser derogadas. Se ha dicho que la regulación sustantiva —con contenido civil y no puramente administrativo— de las parejas de hecho contenida en las leyes de la Comunidades Autónomas con competencia en tema de Derecho civil debe ser considerada inconstitucional pues constituyen una *clase* de matrimonio y entendiendo que ello quedaría vetado por la competencia exclusiva del Estado en

tema de *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio* (art. 149.1.8ª CE).

¿Puede hablarse realmente de clase de matrimonio? La respuesta negativa necesariamente ha de pivotar en torno a la idea de que se trata de instituciones distintas y de que no se expresa un consentimiento matrimonial ni se observan las formas exigibles al matrimonio. En esta línea, además, se ubicarían quienes justifican la existencia de otra institución de pareja como algo distinto del matrimonio. Sin embargo, la cercanía es evidente y lo es más en aquellas Comunidades que extienden su regulación, civil, sobre el matrimonio a las parejas institucionalizadas no casadas. Es cierto que una cierta *extensión* hay siempre que una regla prevista para el matrimonio se establece también para las parejas no casadas, pero la misma se realiza sin paliativos cuando toda la legislación autonómica sobre el matrimonio se aplica a las parejas (*vid.* art. 13 y disposición adicional segunda Ley 18/2001 de Baleares y art. 9 y disposición adicional primera de la Ley 2/2003 del País Vasco). La mencionada extensión se realiza en sede de específica regulación de parejas, pero puede hacerse también *desde fuera* y así en la ya mencionada disposición adicional tercera de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia se extienden a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que tal Ley reconoce a los cónyuges.

Nótese que es en los tres Derechos en los que se establece la inscripción constitutiva donde se produce la equiparación en bloque. Incluso en Galicia se requiere la expresión de la voluntad de equiparación. No será matrimonio, pero se le da el mismo tratamiento. Sólo el modo de establecimiento (la forma) y la extinción —ahora extraordinariamente facilitada en el matrimonio— son distintos. Es cierto que pueden existir diferencias porque la equiparación es a efectos de la legislación autonómica y no de la legislación estatal que sea aplicable supletoriamente, pero en tal caso se trata de materias que entran dentro del ámbito competencial autonómico. En realidad, y por lo que hace a las Comunidades con competencia civil, la competencia exclusiva del Estado

parece limitarse a la constitución y extinción del vínculo matrimonial. En estas condiciones es difícil no ver una suerte de matrimonio autonómico.

Pero, al margen de lo anterior, las dudas de constitucionalidad pueden venir de la mano de la garantía institucional del matrimonio. Ha sido habitual decir que tal garantía impide que al matrimonio se le trate *peor* que a las parejas no matrimoniales. Al respecto yo he afirmado que determinadas cargas o restricciones no deben enjuiciarse aisladamente sino en el conjunto del régimen específico del matrimonio; régimen al que también se aparejan especial protección y beneficios. Incidía, además,

en que de tener razón al respecto era consciente de que sólo la tendría a término pues el plano de la comparación —y, por tanto, del trato discriminatorio— se haría más evidente en la medida en la que se avanzara en la institucionalización de las convivencias estables y su régimen se fuera pareciendo o identificando con el del matrimonio. Pues bien, cuando menos en algunas Comunidades, estamos francamente cerca de esa situación. Podrían ponerse ejemplos varios de situaciones *más gravosas* para el matrimonio, pero señalemos, porque es de habitual referencia, la necesidad de declaración judicial para su disolución (y ello aunque ahora tal disolución se haya facilitado extraordinariamente).

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- I.- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de; “Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005, pp. 351-368. ASUA GONZÁLEZ, C.; “Comentario al artículo 44 CC”, *Comentarios al Código Civil* —dirigidos por J. Rams—, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 484-494; “Matrimonio y derecho a contraer matrimonio. Reflexiones al hilo de la Ley 13/2005”, *Orientaciones*, 2005, pp. 27-50; “Matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Reflexiones sobre homosexualidad*, Servicio Editorial de la UPV/EHU, Leioa, 2006, pp. 79-95. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho Privado y Constitución*, 17, 2003, pp. 61-88. BILBAO UBILLOS, J.M.; *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. BUSTO LAGO, J.M.; “Elementos para una interpretación no perturbadora de la equiparación al matrimonio de las relaciones ‘more uxorio’ realizada por la Disposición Adicional 3ª de la LDCG/2006”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 726, 2007. COONTZ, S.; *Historia del matrimonio. Cómo el amor conquistó el matrimonio*, Gedisa, Barcelona, 2005. CARRASCO PEREIRA, A.; “Por qué existe el Derecho de Familia?” y “El matrimonio. Matrimonio homosexual. Inmigrantes. Turismo matrimonial”, *Derecho de familia. Casos. Reglas. Argumentos*, Diles, Madrid, 2006, pp. 19-37 y 39-48. CUENA CASAS, M.; “Uniones de hecho y abuso de Derecho: acerca de la discriminación en contra del matrimonio”, *La Ley*, 2, 2005, pp. 1571-1584. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H.; “Lo que sí es y lo que no es el matrimonio”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 12, 1996, pp. 259-280. DÍEZ-PICAZO, L. M.; *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005; “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *InDret*, 3, 2007. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.; “Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código Civil de julio de 2005”, *Libro Homenaje al Profesor Amorós Guardiola*, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2, Madrid, 2006, pp. 1461-1484. FERRER I RIBA, J./ SALVADOR CODERCH, P.; “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada* —coordinador P. Salvador—, Civitas, Madrid, 1997. GARCÍA CANTERO, G.; “Sobre el llamado ‘matrimonio homosexual’. Análisis de algunas cuestiones debatidas”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España 1, Madrid, 2006, pp. 1561-1579. GARCÍA RUBIO, Mª P.; “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *La Ley*, 5, 2005, pp. 118-1131; “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Francisco Serrano García*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, pp. 35-63. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.; “El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 13, 2005, pp. 133-164. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.; “Matrimonio y uniones libres; El matrimonio homosexual”, *La Ley*, 7, 2001, pp. 1499-1508; La unión libre: familia, no matrimonio, *La Ley*, 3, 2004, pp. 1871.1883; “La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y la unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado ‘divorcio express’)”, *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 21-75. GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; “El matrimonio y la familia

en la sociedad actual”, *Revista de Derecho Privado*, 3-4, 2003, pp.147-165. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.; “Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, 1, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1605-1626. HUALDE SÁNCHEZ, J. J.; “La adopción y las parejas homosexuales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 26, 2005, pp. 269-316. JACKSON, G. L.; “Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América”, *InDret*, 2, 2006. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L.; “Ley 3/2005 de 1 de julio sobre homosexualidad y el matrimonio”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, 1, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, 1679-1709. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.; “Una posible concepción del matrimonio en el Código Civil. El estado de la cuestión” *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, 1, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1651-1677. MOLINER NAVARRO, R.; “Las uniones homosexuales en el Derecho español”, *Revista de Derecho Comparado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 4, 2001, pp. 131-169. OBERMEYER, S.; “La garantía constitucional del matrimonio y la regulación legal de la pareja” —traducción de Ignacio Gutiérrez—, *Teoría y realidad constitucional*, 14, 2004, pp. 391-414. PANTALEÓN PRIETO, F.; “Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”, *Uniones de Hecho*, Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economia, Universitat de Lleida, 1998, pp. 67-77. PÉREZ ÁLVAREZ, S.; “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006. PÉREZ CÁNOVAS, N.; “El matrimonio homosexual”, *Actualidad civil*, 20, 2005, pp. 2442-2451. RAMS ALBESA, J.; “El concepto de matrimonio y su crisis”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4033-4050. REY MARTÍNEZ, F.; “Homosexualidad y Constitución”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 73, 2005, pp. 111-156. ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999. RUIZ-RICO RUIZ, J.M./CASADO CASADO, B.; “Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspecto registrales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, pp. 2307-2376. SALVADOR CODERCH, P.; “Comentario al artículo 45 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, t. I, Tecnos, Madrid, 1984. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O.; “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 58, 2000, pp. 45-69. TALAVERA FERNÁNDEZ, P.; *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001. TORRALBA SORIANO, V.; “¿Qué matrimonio?”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, 1, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1817-1824. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.; “La encrucijada de la familia”, *Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2414-2442. VALLADARES RASCÓN, E.; “El derecho a contraer matrimonio y la Constitución”, *Aranzadi Civil*, 2005, II, pp. 2063-2072. VERDA Y BEAMONTE, J. R. de; “Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del Auto de Tribunal Constitucional 222/1994)”, *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 683-736; “Comentario a la STS 8-12-2001”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 59, 2002, pp. 463-484; “El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 29-53.

II.- Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el derecho a contraer matrimonio (<http://www.consejo-estado.es>). Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es>). Informe de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia (<http://rjyl-insde.es>)

## RESUMEN

En los últimos años han aparecido en la vida social nuevas formas de organizar los ciudadanos sus relaciones afectivas y familiares. Ello ha planteado al Derecho un reto que va más allá de la determinación de las reglas jurídicas que deben ser aplicadas a esos nuevos modelos de familia. La cuestión fundamental es aclarar por qué el Derecho se interesa por la familia, y para qué la regula. Así podremos saber cuál es la respuesta jurídica más adecuada. El presente trabajo intenta responder a esas cuestiones, para lo que toma como punto de partida las funciones estratégicas de la familia, y analiza la eficiencia de los diferentes modelos de familia para cumplir esas funciones. El trabajo finaliza con algunas propuestas para la revitalización del derecho de Familia.

## PALABRAS CLAVE

FAMILIA, DERECHO DE FAMILIA, MATRIMONIO, DIVORCIO, PAREJAS DE HECHO, PAREJAS DEL MISMO SEXO.

## ABSTRACT

In the last years, citizens within societies have found new ways of organizing their emotional and familiar relationships. This fact has become a challenge to the law discipline, whose new responsibilities go beyond the determination of the legal rules that must be applied to these new family models. The research questions are why and for what purpose the law is interested in those family models. The answers will enable us to find out the most appropriate legal response. This paper attempts to answer these questions, setting the strategic functions of the family as a framework. Then, it analyzes and assess the efficiency of the existing family models to carry out those functions. Finally, some proposals are presented to revitalize the family law.

## KEY WORDS

FAMILY, FAMILY LAW, MARRIAGE, DIVORCE, COHABITATION, REGISTERED PARTNERSHIP, CIVIL UNION, SAME-SEX COUPLES.

# A CADA UNO SU FAMILIA, A CADA FAMILIA SU DERECHO (APROXIMACIÓN FUNCIONAL A LAS NUEVAS FORMAS DE FAMILIA Y ELOGIO DE LA DIVERSIDAD)

Carlos Martínez de Aguirre

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Qué nuevas formas de familia? 3. Familia y Derecho (sobre bancos y carteles). 4. ¿Por qué un Derecho sobre la familia y para un Derecho sobre la familia? 5. Modelos familiares y funcionalidad social: Sociología y Derecho. 6. La respuesta jurídica: diagnóstico sobre el Derecho español. 6. A modo de conclusiones: para una revitalización del Derecho de familia.

## 1. INTRODUCCIÓN

*Nuevas formas (nuevos modelos) de familia.*  
Sin perjuicio de lo que inmediatamente diré acerca de la “novedad” de tales formas o modelos, la expresión, tal y como es habitualmente empleada, transmite casi inconscientemente la idea de formas o modelos familiares alternativos a otro modelo de familia muy habitualmente calificado como tradicional (lo que a su vez incluye una cierta connotación negativa: tradicional como equivalente en buena medida a anticuado, obsoleto...). Connotaciones aparte (y, en efecto, conviene apartarlas para no acabar debatiendo sobre impresiones o juicios previos), el tema merece atención y reflexión. Las páginas que siguen pretenden contribuir a esa reflexión, y aportar datos y argumentos que puedan ser útiles al respecto. Pero antes de continuar, me parece oportuno hacer algunas precisiones.

1) Una primera, que asume el carácter de presupuesto metodológico: parto de la idea de

que en esta materia (como en general en todo el Derecho de Familia y de la Persona) es posible, útil y necesario aplicar las mismas técnicas que se emplean habitualmente en cualquier otra de las ramas del Derecho civil. Si se me permite la autocita parcial: “hay una difusa pero cierta impresión de que en este ámbito ... existen lo que podríamos llamar materias o ámbitos exentos de la discusión técnica, por su fuerte carga ideológica: como si no fuera posible debatir fructíferamente sobre tales materias o en dichos ámbitos, porque al final lo único que quedaría es la opinión personal, justificada en prejuicios (en su sentido etimológico de juicios previos) extrajurídicos. Lo único que cabría, entonces, es ser “partidario” o no serlo: no habría opción al análisis técnico-jurídico, ni un posible terreno común en el que discutir. Todo argumento se explicaría por ese juicio previo ajeno al Derecho.... Sobre bases tan débiles la discusión jurídica no sería, en efecto, posible. Lejos de nosotros negar que esa carga ideológica existe: sería negar la evidencia.

Pero junto a ello, estamos convencidos de que es posible realizar un análisis técnico-jurídico de esta cuestión, como de todas las relativas al Derecho de Familia, empleando a tal fin las técnicas e instrumentos intelectuales usados habitualmente por los juristas en el Derecho civil, o en el Derecho en general. .... Desechar las conclusiones de dicho trabajo mediante el recurso al simple expediente de decir que quien las ha obtenido es o no es “partidario” de aquello que se discute, es una actitud intelectualmente paupérrima, que muchas veces (afortunadamente no todas) intenta ocultar la pobreza argumental bajo la capa de la ideología” (Martínez de Aguirre-De Pablo, p. 13).

En este mismo planteamiento, llama la atención cómo se prescinde en este campo de formas de interpretar las normas y de argumentar pacíficamente admitidas en otros campos del Derecho (y muy destacadamente en el patrimonial). Así, por ejemplo, a nadie se le ocurriría defender que una donación de inmuebles es válida si no cumple la forma legalmente prevista (por ejemplo, si se hace verbalmente), por mucho que pueda constar la voluntad de donar de quien la realiza; o que un empresario individual puede limitar su responsabilidad patrimonial si no constituye una sociedad de responsabilidad limitada de socio único, cumpliendo a tal efecto con los requisitos legales, por mucho que conste su voluntad de no comprometer en la empresa más que el patrimonio que ha destinado a ella, o su deseo de que el resto de sus bienes no queden afectos a sus deudas empresariales, y por mucho que desarrolle una actividad idéntica a la del empresario que sí constituyó una sociedad de responsabilidad limitada de socio único. Sin embargo, cuando llegamos al matrimonio (negocio jurídico sujeto legalmente a forma solemne), parece que no hay problema en aplicar muchas de las reglas previstas para dicha institución a dos personas que viven juntas sin haberse casado (es decir, sin haber cumplido con la forma que es requisito legal para que se produzcan los efectos del matrimonio), pudiendo haberlo hecho, o incluso para afirmar más radicalmente la equiparación entre tales

situaciones de convivencia y el matrimonio. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Por lo demás, este planteamiento incluye la utilidad del recurso a ciencias auxiliares (no en sí mismas, sino para el Derecho y a estos efectos), como la sociología, la antropología, etc.

2) El análisis que intento realizar no quiere encerrarse en los datos derivados de un determinado ordenamiento positivo (en nuestro caso, el español), pero tampoco pretende ser completamente atemporal. Lo primero (que es quizá lo que debe ser mejor explicado), porque el actual Derecho positivo español es fruto de una opción del legislador —básicamente, el de 2005—, y representa por tanto una de las formas de aproximarse al fenómeno: limitar análisis y argumentación a lo que se puede extraer de él y de sus reglas legales empobrecería la reflexión y predispondría las conclusiones. Así, por ejemplo, tomar como única referencia, o como referencia básica, que es el matrimonio el modelo que resulta de nuestro Código civil (unión entre dos personas, sexualmente indiferenciada y libremente resoluble por voluntad de uno cualquiera de los cónyuges) supone limitarse a argumentar en torno a uno de los modelos posibles, que ni siquiera es el más practicado ni histórica, ni sociológica, ni cultural, ni etnológicamente.

Si de lo que se trata es de pensar acerca de cuál es la respuesta jurídica más adecuada a las nuevas formas de familia, no parece que sea suficiente contentarse con exponer cuál es la que da un determinado ordenamiento positivo: habrá que ver si es o no adecuada a las realidades que intenta regular, si es socialmente funcional, si es técnicamente correcta... Para todo ello se precisa un cierto distanciamiento de los datos normativos, que es lo que permite someterlos a crítica, hacer una valoración de conjunto, y formular en su caso propuestas de modificación más allá de las mejoras de mera técnica jurídica. Lo cual quiere decir, a su vez, que el análisis no puede prescindir de los datos que deriven del Derecho positivo, que es en último extremo el que resulta enjuiciado.

3) Mi análisis pretende versar sobre los modelos como tales: no, por tanto, sobre una u otra situación concreta. Argumentar en términos de modelo quiere decir, a estos efectos, tomar en consideración la mayor o menor eficacia o funcionalidad del modelo como tal, y su mayor o menor proclividad como tal modelo a manifestaciones patológicas. Desde esta perspectiva, los datos estadísticos pueden ser especialmente útiles, en la medida en que ponen de relieve las características de cada modelo como tal, tanto estructural como funcionalmente. Quizá un ejemplo sencillo me ayude a explicarme: como marca de automóviles, es de mayor prestigio y calidad Mercedes que, pongamos por ejemplo, SEAT o Hyundai, lo que quiere decir que como regla un Mercedes es mejor coche que un SEAT; pero si un Mercedes presenta un defecto de fabricación que afecta a su rendimiento, *ese* Mercedes puede ser considerado peor que un SEAT que funciona adecuadamente; lo que no es correcto es concluir a partir de ese caso concreto, ni que SEAT es mejor que Mercedes, ni tampoco que SEAT es igual que Mercedes.

4) Solo la falta de perspectiva histórica permite calificar los modelos alternativos como radicalmente nuevos. En esta materia, las combinaciones posibles son limitadas: homosexualidad y heterosexualidad, uno y una, uno (o una) con varios (o varias), varios con varios, todos con todos (o cualquiera con cualquiera); lo mismo ocurre en cuanto a la organización: patriarcado, matriarcado, comunas, familias nucleares, extensas, etc. Todas esas combinaciones han sido no solo imaginadas, sino conocidas y practicadas históricamente. De entre estas posibilidades, el modelo formado por un hombre y una mujer comprometidos establemente (es decir, el matrimonio y la familia de fundación matrimonial) aparecen como realidades dotadas de una inusual capacidad de resistencia y recuperación: han sobrevivido, incluso se han visto depurados de muchos elementos contingentes, a lo largo de los siglos. Esta permanencia histórica del modelo matrimonial más clásico es la que explica que sea cuestionado recurrentemente: solo una reali-

dad con tal capacidad de supervivencia puede verse puesta en cuestión con similar regularidad. Lo que habría que explicar más bien es el constante fracaso histórico de los experimentos intentados en relación con la sexualidad, la familia y el matrimonio; fracaso que posibilita el recurrente redescubrimiento, también en el campo de las ideas, del matrimonio y la familia como estructura necesaria de la sociedad. Pero quizás nuestro sino sea olvidar la historia, y quedar así condenados a repetirla.

## 2. ¿QUÉ NUEVAS FORMAS DE FAMILIA?

Hablar de nuevas formas de familia, o de modelos alternativos de familia, presupone la referencia a un modelo tradicional, clásico, “no nuevo”, en definitiva, frente al que esas otras formas o modelos representan una novedad o un cambio. La referencia inicial puede ser, pues, ese modelo previo frente al que aparecen las formas nuevas o alternativas de familia. Convencionalmente, y a efectos de este análisis, cabe caracterizar ese modelo previo con las siguientes notas: 1) es un modelo fundado en el matrimonio (modelo jurídicamente comprometido, caracterizado por la existencia de un vínculo jurídico entre los cónyuges); 2) es un modelo caracterizado por la estabilidad institucional que deriva de la indisolubilidad o la disolubilidad limitada (solo por las causas legalmente establecidas, si bien con mayor o menor amplitud, en función de la evolución del modelo); 3) es un modelo formado por un hombre y una mujer (heterosexual y monógamo, por tanto), y vinculado a la procreación.

En relación con estas notas, los modelos alternativos o novedosos se caracterizarían: 1) frente al modelo matrimonial, por la irrupción de modelos no matrimoniales (parejas de hecho), basados en la afectividad y la convivencia; 2) frente al modelo jurídicamente comprometido, institucionalmente estable, por la aparición de modelos no comprometidos jurídicamente e institucionalmente inestables

(parejas de hecho, divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges sin necesidad de alegar causa alguna); 3) frente al modelo heterosexual, el modelo sexualmente neutro, que incluye tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales, y que queda desligado casi por completo de cualquier relación con la procreación. Se mantiene sin embargo, al menos por ahora, la unidad (solo dos personas, de uno u otro sexo).

Las nuevas formas de familia han surgido inicialmente como modelos alternativos sociológicamente: junto al modelo matrimonial, han aparecido situaciones de convivencia entre un hombre y una mujer no casados entre sí, caracterizadas por presencia de una relación de afectividad plasmada en la mutua disponibilidad sexual de los convivientes; también han aparecido, con incidencia sociológica muy inferior pero impacto mediático e ideológico desproporcionado con su relevancia social, situaciones de convivencia entre personas del mismo sexo caracterizadas igualmente por la existencia de una relación de afectividad plasmada en la mutua disponibilidad sexual.

Al fenómeno social ha seguido la respuesta jurídica. Inicialmente, tales modelos se han presentado, también desde el punto de vista del Derecho, como alternativos al matrimonio (en el que seguirían estando presentes de forma significativa y caracterizadora esos rasgos a que más arriba me he referido), de manera que estaríamos hablando de la tensión entre el modelo jurídico matrimonial (heterosexual, jurídicamente comprometido e institucionalmente estable) y el modelo jurídico no matrimonial (heterosexual u homosexual, jurídicamente descomprometido, institucionalmente inestable): a esta forma de aproximarse legalmente a los nuevos modelos de familia responden, por ejemplo, las leyes de parejas de hecho promulgadas en muchas de nuestras Comunidades Autónomas, en las que las nuevas formas de familia se acogen a un modelo legal no matrimonial, descomprometido, institucionalmente inestable y sexualmente neutro. Pero en una fase posterior ha sido el propio matrimonio civil el que ha visto cómo iban desapare-

ciendo algunos de los rasgos que lo caracterizaban, de manera que esos modelos sociológicos alternativos han llegado a formar parte de las posibilidades que ofrece legalmente la forma matrimonial civil, que ha pasado a ser (con toda claridad en nuestro Derecho a partir de las reformas de julio de 2005) de matrimonio sexualmente indiferente (admisión de la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan rellenar la forma matrimonial civil) e institucionalmente inestable (admisión del divorcio por voluntad unilateral e injustificada de uno solo de los cónyuges), lo que se traduce en un compromiso jurídicamente muy débil, que prácticamente ha dejado de ser tal.

Esta evolución, que ha propiciado la apertura de la forma matrimonial a fin de que quepan en ella buena parte de los modelos alternativos, se ha producido también en algunos de los (pocos) países que han admitido la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio civil (por ejemplo, en Holanda y Bélgica). Otros países, sin embargo, han preferido establecer diferentes cauces institucionales para algunas de las posibilidades que ese matrimonio indiferenciado ofrece: es lo que han hecho, por ejemplo, Alemania (*Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 16 de febrero de 2001) o Inglaterra (*Civil Partnership Act*, de 18 de noviembre de 2004) en relación con el régimen jurídico de las uniones homosexuales, creando una figura *ad hoc*, distinta del matrimonio, para tales uniones. El modelo no debe ser desechado.

En todo caso, la opción asumida por el legislador estatal español tiene algunas consecuencias que no cabe eludir. En efecto, cuando se abre a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio, y acceder así al estatuto jurídico de las personas casadas, ya no cabe afirmar que es preciso dotar a las uniones de hecho, sobre todo homosexuales, de un régimen legal, porque si no quedarían extramuros del Derecho. De otro lado, la nota de la libre disolubilidad por voluntad de uno solo de los convivientes y sin necesidad de alegar ni probar causa alguna, que es característica de las uniones no matrimoniales, ha sido asumida



para el matrimonio por la ley 15/2005, con la única diferencia de la necesidad de un acto formal (judicial) de disolución. Si lo anterior es así, ¿qué sentido tiene establecer un estatuto especial, semejante pero no idéntico al matrimonial, para quienes no han querido casarse, pudiendo hacerlo? La situación actual, en las Comunidades Autónomas que han legislado sobre parejas de hecho, es que coinciden casi por completo quienes no pueden casarse con quienes no pueden legalmente formar pareja de hecho con efectos jurídicos. Parece, entonces, razonable entender que quienes quieran obtener un determinado estatuto jurídico para su unión, lo hagan mediante el recurso al instrumento previsto a tal fin por el Derecho con carácter general, que es el matrimonio; y que quienes no quieran casarse, carezcan (por elección propia) de ese estatuto, al que ellos mismos no quieren someterse al no casarse, pero carezca también de cualquier otro semejante. La promulgación de las leyes 13/2005 y 15/2005 priva así de sentido, en términos generales, a las leyes autonómicas sobre parejas de hecho, aunque no les afecte formalmente. Este planteamiento ya ha sido parcialmente asumido por la STS. de 12 de septiembre de 2005.

En las páginas que siguen, el análisis va a centrarse en las nuevas formas de familia tal y como aquí han quedado caracterizadas. Pero quiero advertir, antes de seguir, que esta opción deja fuera de este trabajo algunos modelos familiares que han ido adquiriendo importancia sociológica, en muchos casos como consecuencia de la mutaciones producidas por los modelos alternativos de que hasta ahora he venido hablando: es decir, como consecuencia de la mayor inestabilidad institucional (y sociológica) de las relaciones familiares. Me refiero básicamente:

1) A las *familias monoparentales*, que son aquellas en las que un solo progenitor convive con sus hijos. Ello puede ser debido a diferentes causas (fallecimiento de uno de los progenitores, desconocimiento de uno de los progenitores, rupturas matrimoniales o, más en general, de la convivencia entre los progenitores, pro-

genitores que no han convivido nunca, etc.), lo que hace que las familias monoparentales, aun teniendo puntos en común, presenten problemáticas jurídicas y sociales bien distintas. Sociológicamente, parece que su aumento es tributario, entre nosotros como entre otros países de nuestro entorno, al aumento de las rupturas familiares.

2) A las *familias reconstruidas*, o *reconstituidas*, (*step families*), que son las derivadas de una segunda unión, sea o no matrimonial, tras la disolución de una unidad familiar previa (por fallecimiento, divorcio o mera ruptura de hecho), lo que puede concurrir, además, con relaciones familiares procedentes de la eventual unión anterior. En este caso la complejidad de relaciones, desde el punto de vista social, pero también jurídico, aumenta considerablemente.

Del mismo modo, va a quedar fuera del análisis lo relativo a modelos familiares que no están (por el momento) en discusión, aunque la historia los conoce, y están presentes actualmente en un número suficientemente significativo de países: me refiero básicamente a la poligamia (sobre todo como poliginia). Me centraré en los modelos formados por una pareja: otra cosa extendería excesivamente el análisis y podría hacerlo insuficiente por superficial.

### 3. FAMILIA Y DERECHO (SOBRE BANCOS Y CARTELES)

Las respuestas jurídicas a las nuevas formas de familia, que acabo de esbozar tan esquemáticamente, tienen como presupuesto la neutralidad del Derecho respecto a las formas de familia. El planteamiento podría ser como sigue: nuestra sociedad no conoce un único modelo familiar (que cabría identificar con la familia de fundación matrimonial, tal y como ha sido caracterizada más arriba), sino una multiplicidad de modelos, que resultan de las diferentes concepciones existentes sobre la sexualidad y las relaciones afectivas y convivenciales, así

como de las distintas formas que tienen los ciudadanos de organizar esas mismas relaciones. En ejercicio de su libertad, los ciudadanos pueden organizar su vida afectiva y de convivencia como prefieran, dentro de unos límites crecientemente amplios, de forma que al Derecho solo le quedaría reconocer y regular igualmente todas estas situaciones. Estaríamos por tanto ante modelos (matrimonial o no matrimonial, heterosexual u homosexual) equivalentes y en términos generales intercambiables. A partir de ahí, lo que procedería sería dar un tratamiento equivalente a los diferentes modelos de familia: si son socialmente equivalentes, parece que han de ser jurídicamente equivalentes, lo que se consigue sujetándolos a un régimen semejante, cuando no idéntico. Otra cosa sería discriminación.

El resultado de este planteamiento ha sido una modificación del Derecho de familia, pero no en sus aspectos más periféricos o meramente técnicos, sino en sus líneas maestras. Un primer problema es, sin embargo, que el resultado de esta transformación adolece de notables faltas de coherencia interna, que impiden de forma creciente que pueda hablarse del Derecho de Familia como un verdadero sistema. Ello obedece a lo que Arechederra ha llamado, gráficamente, la “pérdida de vigor teleológico” del matrimonio legal, pero también, más en general, del tratamiento jurídico de la familia. La sociedad, y el Derecho, parecen carecer en muchos casos de una idea clara de cuál es la función de la familia (para qué sirve), y por tanto de cómo ha de ser regulada. La ausencia de un conjunto de ideas y valores definidos respecto a las relaciones de carácter familiar ha hecho que esas modificaciones no tengan un sentido claro, y que las reformas hayan sido, muchas veces, incoherentes, contradictorias entre sí, y en ocasiones de escasa funcionalidad social. Como ha dicho Glendon, en su mayor parte las recientes transformaciones experimentadas por el Derecho de Familia no parecen obedecer a la existencia de un conjunto coherente de objetivos, sino que cada país parece haber perseguido más bien un cierto número de finalidades diferentes y aun con-

tradictorias en sus leyes o programas relativos al matrimonio; vistos individualmente (sigue diciendo la autora), los desarrollos legales así producidos parecen tener un carácter casual, y casi fortuito.

Ahora bien, ¿es adecuada esta respuesta que han dado tantos ordenamientos (entre los que se cuenta el nuestro? Aún más, ¿podemos en realidad responder a esa pregunta? ¿disponemos de criterios que nos permitan hacer un juicio como ese? Contestar adecuadamente a ambos interrogantes exige a su vez que nos preguntemos acerca del fundamento y sentido del Derecho de Familia: ¿por qué un Derecho sobre la familia? ¿para qué un Derecho sobre la familia?

Para aclarar mi pensamiento puede ser oportuno discurrir algo sobre bancos y carteles. Imaginemos un banco, sobre el cual hay un cartel que reza “*Prohibido sentarse*”; a partir de ahí, podemos preguntarnos qué es lo que hay que hacer: dejar al cartel sobre el banco, quitar el cartel y dejar el banco, quitar el cartel y el banco, o incluso poner un cartel semejante en todos los bancos. Para dar una respuesta correcta lo que hay que saber es por qué y para qué está ese cartel sobre el banco: si lo pusieron cuando se pintó el banco para que nadie se manchara al sentarse, lo razonable es quitar el cartel una vez seca la pintura; si se puso porque el banco está en mal estado y para evitar accidentes a quienes se sentaran, o se repara el banco (y se quita el cartel), o quitamos banco y cartel; si se puso porque es un banco de valor histórico-artístico y para conservarlo en buen estado, entonces hay que mantener cartel y banco (y poner un cartel idéntico en todos los bancos que tengan el mismo valor).

Como he apuntado, algo parecido pasa con el Derecho de Familia, y más en concreto con la relación entre los diferentes modelos de familia. ¿Qué es lo que debemos hacer? ¿Hay que extender a todos las reglas del matrimonio? ¿Hay que suprimir el matrimonio, bien directamente, bien cambiando su contenido y su regulación hasta hacerlo irreconocible? ¿O más bien habrá que mantener una regulación espe-

cífica para cada una de esas formas (o incluso no regular específicamente alguna de ellas?

Tal es la aproximación que voy a intentar en las páginas que siguen.

#### 4. ¿POR QUÉ UN DERECHO SOBRE LA FAMILIA? ¿PARA QUÉ UN DERECHO SOBRE LA FAMILIA?

A) Una primera respuesta, que remite a los rasgos característicos de las nuevas formas de familia, podría ser la que hace gravitar el Derecho sobre la familia, en el punto que ahora nos ocupa, en torno a las situaciones de convivencia y de afectividad: el Derecho se ocupa de la familia porque es una relación de afectividad, o porque es una situación de convivencia, o sobre todo por ambas a la vez (porque es una relación de afectividad que se ha traducido en una situación de convivencia). Bastaría, pues, con que dos personas se quisieran y vivieran juntas: en este planteamiento quedarían efectivamente igualadas las parejas homosexuales y las heterosexuales, y sería también indiferente que estuvieran casadas o no: lo fundamental (convivencia y relación de afectividad) estaría igualmente presente en todos los modelos familiares, y por tanto lo razonable sería tratarlas de manera semejante.

Sin embargo, el planteamiento no resulta (a mí, por lo menos) convincente. De hecho, ni en el tratamiento clásico de la familia, ni tampoco (y muy significativamente) en los más modernos, son suficientes la convivencia o la afectividad, o ambas simultáneamente. Así resulta con toda claridad del sistema de impedimentos matrimoniales, que impide casarse a quienes incurren en alguno de ellos, y deja extramuros del Derecho su relación, aunque se quieran y vivan juntos; pero lo llamativo es, en realidad, que esta misma forma de hacer las cosas desde el punto de vista jurídico, es la adoptada cuando se ha decidido regular legalmente las uniones de hecho: una de las primeras reglas (y basta ver las leyes autonómicas

aprobadas entre nosotros, pero se podría acudir también a leyes o jurisprudencia de otros países) es la que establece los impedimentos “no matrimoniales”, es decir, la que fija qué personas van a quedar fuera de este nuevo régimen, por mucho que se quieran y vivan juntos. Cuando, por ejemplo, una ley dice que dos personas que ya están casadas pero no entre sí, no pueden constituir pareja estable, no está diciendo que no puedan vivir juntos y quererse; lo que está diciendo es que ni han bastado ni bastan esa convivencia y esa afectividad para fundamentar la regulación jurídica de la familia; dicho con otras palabras, que la familia no es solo convivencia y afectividad.

Desde otro punto de vista, si esos (convivencia y afectividad) fueran efectivamente el fundamento y razón de ser del Derecho de familia, lo que no estaría claro es qué es lo que hace que el Derecho deba preocuparse (y con la intensidad, continuidad y universalidad con la que lo habría hecho) de las situaciones de convivencia y afectividad: qué es lo que hay en esas situaciones que impulsa a la sociedad y al Derecho a ocuparse de ellas. El problema es que hay muchísimas situaciones de convivencia, de afectividad, o de convivencia más afectividad que nunca han atraído la atención del Derecho, salvo quizá a efectos periféricos (es decir, no para regular la situación o la relación en sí, sino para atribuirle algunas consecuencias jurídicas accidentales: por ejemplo, como causa de abstención o recusación); esto demostraría que del hecho de que dos personas vivan juntas, o que se quieran, o que vivan juntas y se quieran no parece suficiente por sí solo para justificar una regulación jurídica tan densa como puede llegar a ser el Derecho de Familia.

El lector atento se habrá dado cuenta de que en el análisis precedente falta uno de los elementos que han servido para caracterizar las formas nuevas de familia: la mutua disponibilidad sexual. ¿Puede ser el elemento clave? ¿Cabría afirmar que el Derecho se ocupa de la familia porque se trata de una relación de convivencia y afectividad en la que concurre la mutua disponibilidad sexual? Antes de res-

ponder, hay que hacer una advertencia: en realidad, al hablar de una relación de afectividad lo que se está haciendo es referirse pudorosamente a la mutua disponibilidad sexual; cuando las leyes hablan de “relación de afectividad análoga a la conyugal” a lo que quiere referirse básicamente es a que esa relación de afectividad incorpore un contenido sexual, que es lo que la diferenciaría de otras relaciones de mera afectividad, pero sin esa dimensión sexual; por eso más arriba he hablado de relación de afectividad plasmada en la mutua disponibilidad sexual. La introducción del elemento sexual en el análisis, sin embargo, introduce un factor cualitativamente diferente, que nos remite a un modelo argumental diferente, el cual a su vez enlaza con el que se desarrolla a continuación. Si la respuesta a la pregunta formulada al comienzo de este párrafo fuera afirmativa (el Derecho se ocupa de la familia porque se trata de una relación de convivencia y afectividad en la que concurre la mutua disponibilidad sexual), habría que preguntarse inmediatamente acerca de porqué a la sociedad y al Derecho le interesan (ahora a estos efectos, y no a otros, como pueden ser los relacionados con los delitos contra la libertad sexual de las personas) las relaciones sexuales. La respuesta, que enlaza con cuanto expondré inmediatamente, es: por sus consecuencias naturales, que son los hijos.

**B)** La respuesta clásica a la pregunta de por qué el Derecho se ocupa de la familia, no por clásica es menos cierta. La familia es un grupo humano de interés social primario, debido a sus funciones en relación con la sociedad. Desde el punto de vista social, la familia está ligada a la subsistencia de la sociedad, en cuanto posibilita el nacimiento de nuevos ciudadanos, y ofrece un marco adecuado para su desarrollo integral como personas y su integración armónica en el cuerpo social. Estas son las llamadas funciones estratégicas de la familia. La familia resulta ser una estructura de humanización y socialización barata, eficaz, al alcance de prácticamente cualquier ciudadano y por ello mismo masiva.

Estas funciones esenciales de la familia son las que justifican la especial atención que la sociedad le dedica; atención que se traduce, primordialmente, en la existencia de una específica regulación jurídica. De ahí también su consideración como grupo de interés social; pero no de interés social secundario o accesorio, sino primario o radical, en cuanto que es en último término la misma supervivencia de la sociedad la que resulta concernida. Desde esta misma perspectiva, queda también claro que la familia es una institución de interés social en la medida en que, a través de los hijos, posibilita la existencia y socialización de nuevos ciudadanos.

Para aclarar más este punto, hay que aludir, primeramente, a las raíces biológicas y antropológicas de matrimonio y familia. El primero, y más evidente, de los fundamentos aludidos, es el carácter sexuado del ser humano, que solo lo es en cuanto hombre o mujer; dicho con otras palabras, los individuos de la especie humana aparecen determinados necesariamente por el sexo al que pertenecen; lo cual no es producto de la voluntad del hombre, ni tampoco es fruto del medio social o la historia, como si fueran la evolución cultural, o una eventual decisión consciente de la humanidad, las que hubieran elegido este sistema de reproducción, o hubieran hecho de unos seres «varones» y de otros «hembras». En este punto, por lo demás, el ser humano no es especialmente original: lo mismo ocurre en miles de especies animales, respecto a las que sería muy complicado justificar que es la evolución cultural o un prejuicio heterosexista los que les han conducido a diferenciar entre machos y hembras, y reproducirse sexualmente. En este plano la distinción es natural (Viladrich).

Dando ya un paso más adelante, es claro que esa diferenciación sexual se dirige objetivamente, también por su propia naturaleza, a la procreación (reproducción) de la especie humana (como ocurre en todas las especies sexualmente diferenciadas). Sin embargo, desde esta mera perspectiva, cabría pensar que la familia, aun siendo la estructura reproductiva y asistencial más universal, barata y eficaz, no es

estrictamente necesaria: se podrían mencionar otras formas naturales o artificiales (al hilo éstas de los avances en materia de reproducción asistida), en que la sociedad puede organizar tanto la reproducción como la asistencia material que permita la supervivencia biológica de sus nuevos miembros. Cosa distinta es que tales otras formas sean capaces de realizar tales funciones de forma tan barata, masiva, eficaz y permanente como la familia. En este planteamiento, cobra especial importancia el papel de la familia en el proceso de socialización del ser humano.

A partir de aquí, es claro que la importancia social de las uniones heterosexuales es muy superior a la de las homosexuales: aquéllas importan a la sociedad más que éstas, porque de aquéllas nacen ciudadanos, y de estas no. Baste pensar, por ejemplo, que si la estructura de relaciones sexuales en una sociedad fuera la inversa que la actual (es decir, al 99 por ciento homosexual, y el 1 por ciento restante heterosexual), esa sociedad duraría una generación. Desde este punto de vista, cabe afirmar que el carácter minoritario es condición de posibilidad de las relaciones homosexuales: solo si la estructura de relaciones de una sociedad es mayoritariamente heterosexual habrá nuevos ciudadanos que puedan optar por mantener relaciones homosexuales.

Un segundo dato a continuación, que deriva de las necesidades de subsistencia, desarrollo y (en suma) “personalización” del recién nacido, como consecuencia no solo de su desvalimiento físico, sino también de su naturaleza de ser dotado de inteligencia y voluntad, que precisa una específica y cuidadosísima educación de ambas, en un ambiente adecuado. El proceso de maduración integral de la persona humana es el de mayor complejidad y dificultad entre las especies animales, y va mucho más allá de los aspectos puramente biológicos: comprende también el desarrollo de sus potencialidades intelectuales, volitivas y afectivas, en una estrechísima interacción con el propio desarrollo biológico. La familia tiene como misión (nueva función estratégica) proporcionar el marco adecuado en que tal proceso de humanización

o socialización pueda desarrollarse. Es a esto a lo que König ha dado la gráfica denominación del “segundo nacimiento”. Si la aparición de nuevos ciudadanos está directamente relacionada con la heterosexualidad, el proceso de humanización y socialización de los seres nacidos como consecuencia de las relaciones habidas entre dos personas de diferente sexo se relaciona con la estabilidad del núcleo familiar, estabilidad que es la que puede garantizar, en términos de modelo, que el proceso se va a desarrollar más adecuadamente.

La importancia de la estabilidad puede apoyarse también en lo que podríamos denominar el reverso de la moneda. A este respecto, conviene recordar brevemente que si es socialmente bueno que las familias duren, que se rompan no es indiferente, y que la sociedad y el Derecho faciliten la ruptura tampoco es indiferente. Son numerosos, y suficientemente conocidos, los estudios realizados que demuestran que las crisis familiares (separación, divorcio, ruptura de parejas de hecho) tiene efectos perjudiciales no deseados, principalmente para los hijos, pero también para los cónyuges, y para la sociedad entera (pueden verse, por ejemplo, Bradford *et al.*, Alvare *et al.*, y los allí citados). Esas consecuencias perjudiciales provocan, además de los costes personales, costes económicos importantes, en términos de asistencia social o sanitaria. Desde este punto de vista, la mayor estabilidad sociológica es un bien social, y los instrumentos jurídicos dirigidos a facilitarla ayudan a la familia a desarrollar adecuadamente sus funciones estratégicas.

Así pues, las funciones estratégicas de la familia, que son la razón por la que la sociedad y el Derecho, se ocupan de ella, aparecen vinculadas a la heterosexualidad y a la estabilidad: el modelo heterosexual estable es el que aparece como mejor dotado para cumplir las funciones estratégicas de la familia, y por tanto, se presenta como el que mejor responde a las razones por las que el Derecho se interesa por ella y la regula.

Podemos dar todavía un paso más. Las funciones estratégicas de la familia son, por su carácter natural (en cuanto derivadas de la pro-

pia naturaleza del ser humano) y permanente, las que permiten afirmar el carácter natural y permanente de la familia, como realidad no creada sino recibida por el Derecho. En palabras de Lacruz (p. 2), “el Derecho, frente al hecho ‘familia’ (en su más amplio sentido) es un *posterius*: el legislador no la crea, limitándose a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana, y a regular sus diversos aspectos”.

Con estas afirmaciones, naturalmente, no se quiere decir que la familia haya sido y sea siempre igual en cualquier cultura o momento histórico; o que su contenido venga por completo determinado por la realidad natural que le sirve de base. Pero esto no quiere decir que la familia haya sido siempre idéntica a lo largo de los siglos. Si, al decir de D’Agostino, la “familiaridad” (*familiaritá*) es una estructura esencial de cualquier sociedad, es también cierto que en sus manifestaciones concretas matrimonio y familia aparecen fuertemente determinados por condicionantes culturales, sociales, económicos, políticos, religiosos y aun jurídicos. En relación con la familia y el matrimonio, ni todo es permanente, ni todo es contingente. Como señala König (p. 23), “es preciso admitir que mientras el matrimonio y la familia existen siempre o se regeneran espontáneamente, ciertos cambios en la forma de la familia son inevitables”. En cuya base está lo que d’Agostino ha llamado la “libertad de forma” que caracteriza a la familia, entendida como capacidad de crear una casi infinita variedad de expresiones culturales.

A partir de cuanto antecede, cabe hacer ya una afirmación que entiendo particularmente importante, sobre todo puesta en relación con algunos de los planteamientos más difundidos actualmente respecto al matrimonio y la familia: el matrimonio no interesa a la sociedad —al Derecho— en cuanto relación de carácter afectivo o sentimental. No se está cuestionando aquí en qué medida una relación homosexual (por ejemplo), puede ser para quien la protagoniza tan importante como una relación heterosexual para quienes a su vez la desarrollan. Pero esto tiene una relevancia jurídica

limitada, en cuanto no sirve para justificar, por sí solo, un tratamiento jurídico idéntico: a nadie se le ocurre, por ejemplo, que porque dos personas se quieran, efectivamente, como padre e hijo, deban ser tratados jurídicamente como padre e hijo. El mero hecho de querer y tratar a otra persona como un hijo no constituye por sí solo un mecanismo de determinación de la filiación; todo lo más, a lo que conduce es a afirmar la posesión del estado de hijo y en su caso, a través de ella, a facilitar la atribución formal de la filiación. Para que entre dos personas que no son biológicamente padre e hijo medie un vínculo jurídico de filiación es preciso un acto formal, que es la adopción. En sentido inverso, para constituir una relación de filiación artificial, desligada por completo de los lazos biológicos (la filiación adoptiva), no se exige que previamente medie una relación afectiva y de trato semejante a la paternofamiliar, sino simplemente que los adoptantes sean idóneos, y que la adopción sea en interés del adoptando (art. 176.1 Cc.): la adopción se constituye, normalmente, no porque entre dos personas existe una relación previa semejante a la que se supone debe existir entre un padre y su hijo, sino en todo caso para que esa relación llegue a existir.

En conclusión, el reconocimiento jurídico del matrimonio y la familia no obedece al propósito de dar relevancia en Derecho a un deseo psicológico de los particulares (que existe, pero no es jurídicamente lo esencial), sino que tiene por finalidad regular y proteger una estructura antropológica objetiva (D’Agostino).

A la luz de cuanto antecede, se puede concluir sin problemas que el Derecho de familia difícilmente puede ser neutral en su modo de regular la familia: el fundamento de su intervención viene determinado directa y objetivamente por las funciones estratégicas de la familia. Y su fundamento determina su sentido: es la propia razón de su intervención sobre la familia, en sus aspectos más radicales (no en otros ligados a circunstancias económicas, culturales, sociales, etc.) la que determina el sentido de dicha intervención. Sobre estas bases, la absoluta neutralidad del Derecho entre for-

mas funcionalmente diferentes —y, por tanto, de distinta eficacia social— de organizar jurídicamente las relaciones familiares no parece razonable, porque desaparecería entonces la razón de ser de la propia actuación del Derecho sobre la familia. Sería contraria al propio fundamento de su intervención.

Por lo demás, cuando el Derecho positivo decide asumir una postura “neutral”, y dar el mismo trato a todos los modelos familiares, en realidad lo que está haciendo es optar por una determinada visión de qué es lo que debe hacer el derecho en relación con el matrimonio y la familia. La neutralidad no pasa de ser una falacia. En este sentido, la afirmación según la cual el Derecho de Familia puede ser completamente neutral ha sido calificada por Glendon como ilusoria.

## 5. MODELOS FAMILIARES Y FUNCIONALIDAD SOCIAL: SOCIOLOGÍA Y DERECHO

Sobre estas bases, se puede afirmar inicialmente la mayor funcionalidad social de los modelos heterosexuales frente a los homosexuales, y dentro de los heterosexuales de los más estables frente a los menos estables; y se puede también concluir que unos y otros modelos no son socialmente indiferentes, ni tampoco equivalentes. Cabe, sin embargo seguir comprobando en qué medida los distintos modelos de familia sirven para obtener las finalidades estratégicas que tienen socialmente asignadas. En relación con ello, cabe hacer una doble aproximación, sociológica (A) y jurídica (B).

A) Desde el punto de vista sociológico, hay algunos datos relevantes, útiles para valorar los diferentes modelos de familia desde el punto de vista funcional, que es el que aquí hemos adoptado. Así, las uniones no matrimoniales, en comparación con el matrimonio:

1) Son menos numerosas: en nuestro país, de acuerdo con los datos del censo de 2001, el número de matrimonios es de 8,9 millones (aproximadamente el 94%), mientras

que habría un total de 563.723 parejas de hecho (aproximadamente el 6%), de las cuales 10.474 serían homosexuales (aproximadamente el 0,11 %). Sin embargo, este dato es en sí mismo poco relevante a efectos de nuestro análisis, ya que la cuestión no es si un modelo es más usado que otro (lo que podría ser puramente inercial), sino si un modelo es socialmente equivalente a otro, desde la perspectiva funcional.

2) Son poco estables: Morgan señala que la probabilidad de ruptura de las uniones de hecho es cuatro veces mayor que la de los matrimonios; similarmente, Benson (Aceprensa, servicio de 2 de marzo de 2005) concluye su estudio, referido a la situación en Gran Bretaña, afirmando que las parejas de hecho tienen una probabilidad cinco veces mayor de romperse que las parejas casadas, conclusiones similares a las obtenidas en otros estudios. No cabe duda de la mayor estabilidad sociológica del matrimonio frente a las uniones no matrimoniales, que se presentan como mucho más inestables.

La cuestión es todavía más clara en relación con las uniones entre personas del mismo sexo, que son muchísimo más inestables que los matrimonios: así, en España, la primera encuesta nacional sobre hábitos sexuales del colectivo gay, publicada en 2002, y patrocinada por la Federación Estatal de Lesbianas y Gays, señala, entre sus conclusiones más relevantes, que un varón homosexual tiene relaciones con 39 personas distintas, como media, a lo largo de su vida; que el 58 % de las parejas de gays españoles lleva más de un año de relación, pero que solo el 27 % lleva más de cinco años, y que únicamente el 20 % vive en pareja (Diario *El Mundo*, 27 de junio de 2002). En el mismo sentido, investigaciones desarrolladas en Suecia y Noruega muestran que el riesgo de ruptura es significativamente mayor en las parejas homosexuales registradas (cuyos efectos en los ordenamientos sueco y noruego son los mismos que los del matrimonio) que en los matrimonios: la probabilidad de ruptura en parejas de gays es un 35% más alta que la de los matrimonios, y en las de lesbianas es el

triple (Anderson, Noack, Seierstad y Weedon-Fekjaer). Por su parte, en los Estados Unidos, mientras que más del 65% de los matrimonios alcanzan una duración de diez años, solo el 15 % de las uniones homosexuales llegan a superar los once años de duración (Dailey 2005). Este altísimo grado de inestabilidad puede ser especialmente relevante, por ejemplo, a efectos de decidir acerca de la adopción conjunta por parejas homosexuales, y permite también explicar la resistencia a institucionalizar su relación, ya sea como pareja de hecho, ya como matrimonio, como demuestra, por ejemplo, el escaso número de matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo desde que se promulgó la ley 13/2005 (lo que a su vez permite aventurar que la discriminación y las injusticias que esta ley vendría a poner fin, o no existían en realidad, o no eran tan agudamente sentidas por los afectados como se decía, sobre todo si se repara en que quienes estarían aquejados por ellas han decidido no hacer uso del instrumento que la ley les ofrece para evitarlas).

3) Son menos fecundas: según el censo de 2001, el 60'7 por ciento de las parejas de hecho no tienen hijos, mientras que el número de matrimonios sin hijos es de aproximadamente al 30 por ciento; en cuanto al número de hijos, mientras que el 35 por ciento de las parejas de hecho con hijos (que constituyen el 11 por ciento de las parejas de hecho) tienen dos o más, tratándose de matrimonios el 60 por ciento de los matrimonios con hijos (que constituyen el 41 por ciento de los matrimonios) tienen dos o más. Sociológicamente, pues, son más fecundos los matrimonios que las parejas de hecho.

No necesita especial demostración sociológica la afirmación de que las uniones entre personas del mismo sexo son menos fecundas que las formadas por personas de diferente sexo. Las uniones homosexuales son uniones que, estructuralmente (no, por tanto, coyuntural o patológicamente) no pueden dar lugar al nacimiento de nuevos ciudadanos; su relevancia social es, por ello, mucho más limitada. Dicho brevemente, los nuevos ciudadanos que asegu-

ran la continuidad social proceden de uniones entre personas de distinto sexo, no de uniones homosexuales: la trascendencia social de uno y otro fenómeno es, pues, bien distinta, y el interés de la sociedad en uno u otro tipo de uniones es también diferente. Con todo, quiero aclarar una cosa: me refiero ahora a que del hecho de que dos varones o dos mujeres mantengan relaciones sexuales entre sí, **y solo de él**, no se deriva el nacimiento de nuevos seres humanos; del hecho de que varón y mujer mantengan relaciones sexuales entre sí, **y solo de él**, puede derivarse (y en muchos casos se deriva) el nacimiento de nuevos seres humanos. Es la propia estructura y funcionalidad de la unión sexual entre personas de diferente sexo la que produce esos efectos, sin necesidad de intervención de terceros.

Así pues, cabe concluir que desde la perspectiva funcional, y de acuerdo con los datos sociológicos de que disponemos, el matrimonio entre hombre y mujer resulta ser el modelo familiar de mayor funcionalidad, es decir, que mejor cumple las funciones estratégicas que tiene asignada la familia: es más fecundo y es más estable (y no solo en esos aspectos: un breve resumen de las ventajas funcionales del matrimonio en Bradford *et al.*, y más por extenso en Alvare *et al.*). El modelo que peor cumple tales finalidades es el homosexual, que no es en sí mismo fecundo, y está caracterizado por un altísimo grado de inestabilidad. A las uniones de hecho heterosexuales les correspondería una posición intermedia, por ser menos fecundas y estables que el matrimonio, pero apreciablemente más que las uniones homosexuales.

**B)** Vayamos ahora con la aproximación jurídica a este mismo fenómeno, deteniéndonos fundamentalmente en las diferencias entre el matrimonio y las parejas de hecho (diferencia difuminada en el derecho positivo español tras las últimas reformas), que justamente afectan a la estabilidad institucional o jurídica de las respectivas figuras.

Para hacer frente a la cuestión planteada, hay que preguntarse si existen diferencias jurídicamente relevantes entre el matrimonio y las



uniones no matrimoniales, y en su caso, cuáles son esas diferencias. Es verdad que tanto en el matrimonio como en la unión de hecho es fácil identificar la presencia de una voluntad de los cónyuges o de los convivientes dirigida a fundar su existencia. Pero en la mayor parte de las uniones no matrimoniales (más aún en nuestro Derecho, tras la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo), es componente esencial de la voluntad en que se basan la exclusión expresa y explícita del matrimonio, entendido como compromiso jurídico. Se puede decir, con D'Agostino, que los convivientes quieren su relación como jurídicamente descomprometida del mismo modo y con la misma intensidad que los cónyuges quieren su relación como conyugal (como jurídicamente comprometida). Cosa distinta es que, tras la reforma del divorcio operada en nuestro país, el compromiso derivado del matrimonio civil sea tan liviano que la diferencia pase a ser casi irrelevante, por aproximación del régimen del matrimonio civil a la libre disolubilidad, que es característica de las uniones de hecho.

Desde el punto de vista jurídico, la presencia o no de un compromiso también jurídico marca una diferencia fundamental: el compromiso afecta al futuro, vincula la conducta de quien se compromete para de ahí en adelante: eso es lo que ocurre con cualquier contrato, y es lo que ocurre también con el matrimonio, en el que los cónyuges se comprometen (vinculan su conducta futura) a vivir juntos, amarse, guardarse fidelidad, socorrerse, etc. Nada de eso hay en las uniones de hecho, en las que la voluntad no incluye la vida futura como comprometida, sino únicamente la pasada —en cuanto fue actual—, la actual, y la futura, solo como previsión o deseo.

De cuanto antecede deriva una notable diferencia. La voluntad conyugal, en cuanto se dirige a la asunción de un compromiso de futuro, es suficiente para fundar la relación jurídica conyugal y familiar, hasta su extinción. La voluntad de los convivientes carece de dicha fuerza: la subsistencia actual de la unión depende en cada momento de la subsistencia actual de la voluntad de convivir. Lo visto

hasta ahora permite afrontar la cuestión de la estabilidad, desde el punto de vista jurídico o institucional. La estabilidad institucional (jurídica) del matrimonio procede del compromiso; la inestabilidad de las parejas de hecho, de la falta de compromiso; la subsistencia actual de la unión depende en cada momento de la subsistencia actual de la voluntad de los convivientes. Hay en las uniones de hecho, mientras duran, un *animus* actual de permanencia, que se proyecta hacia el futuro no a través del compromiso jurídicamente asumido (como en el caso del matrimonio), sino como mero pronóstico de comportamiento (cabe pensar que seguirá durando porque ha durado hasta ahora). Puede pensarse que esa mayor estabilidad institucional o jurídica no supone mayor estabilidad real, pero lo cierto es que el modelo institucionalmente más estable (el matrimonio) resulta ser también el modelo sociológicamente más estable.

Lo anterior se manifiesta en la existencia o no de un vínculo jurídico entre los cónyuges o los convivientes. La voluntad matrimonial se dirige precisamente al establecimiento del vínculo conyugal. El matrimonio consiste en la asunción expresa y explícita de un compromiso de futuro que abarca tendencialmente la vida entera. Frente a ello, la esencia de las uniones no matrimoniales es precisamente que no comprometen a los convivientes respecto al futuro, de manera que cualquiera de ellos puede abandonar la convivencia sin necesidad de formalidad alguna. El compromiso matrimonial asumido por los cónyuges es reconocido por la organización social a través del vínculo jurídico que se instaura entre ellos, y a él se liga la atribución del *status* matrimonial, precisamente porque la previsión vinculante de comportamiento futuro en que consiste lo consiente. De ese compromiso, y de ese vínculo derivan todas las obligaciones y derechos de los cónyuges. Por el contrario, la libre disolubilidad de la relación, por voluntad de uno cualquiera de los convivientes y sin necesidad de cumplir formalidad alguna, es uno de los rasgos que caracteriza jurídicamente a las uniones de hecho (que por esta razón son denominadas también “uniones libres”).

Las diferencias que acaban de reseñarse pierden peso tras una reforma del divorcio como la recientemente aprobada en España, que hace desaparecer prácticamente el compromiso, y el vínculo, en el matrimonio civil: la diferencia que queda, entonces, es simplemente la necesidad de que el vínculo matrimonial sea judicialmente disuelto, cosa que no es precisa en las uniones de hecho porque en ellas no existe vínculo que disolver. De ahí que quepa afirmar que la introducción del divorcio sin causa, por la sola voluntad de uno de los cónyuges, aproxima notabilísimamente el matrimonio a las uniones de hecho.

C) Así pues, recapitulando: a) desde el punto de vista sociológico, el matrimonio integrado por un hombre y una mujer es el modelo que mejor cumple las funciones estratégicas que la familia: es significativamente más fecundo y estable que las uniones de hecho heterosexuales, y todavía más si nos referimos a los modelos homosexuales, ya sean éstos de unión de hecho, o de unión de hecho juridificada, o incluso de matrimonio, como ocurre entre nosotros; b) desde el punto de vista jurídico, también el matrimonio, y más cuanto más firme sea el vínculo jurídico que genera (es decir, cuanto más exigentes sean las causas de divorcio), es institucionalmente más estable que las uniones de hecho, hayan sido juridificadas o no.

Una conclusión se impone, por tanto: no parece coherente con el sentido y el fundamento de la intervención del Derecho sobre la familia dar el mismo tratamiento, o un tratamiento muy semejante, a modelos familiares que han revelado ser de tan diferente funcionalidad social y jurídica. Si el fundamento y el sentido del Derecho de Familia es permitir que la familia desarrolle óptimamente sus funciones estratégicas (nacimiento, humanización y socialización de nuevos ciudadanos), lógicamente los modelos familiares que han demostrado jurídica y sociológicamente más aptitud para desarrollarlas deben ser preferidos e incentivados. Lo cual enlaza, en nuestro Ordenamiento, con la garantía institucional del matrimonio contenida en el art. 32 de la Constitución, ga-

rantía institucional que quiere decir, al menos, que el matrimonio, como institución garantizada constitucionalmente (art. 32 CE.), goza de la protección reforzada del art. 53.1 CE, y que, aunque también están amparadas por el art. 39 CE. las familias de origen no matrimonial (entre otras, Ss. TC. 222/1992, 47/1993, 74/1997), ello no debe forzosamente suponer paridad de trato en todos los órdenes entre las uniones no matrimoniales y el matrimonio, que puede ser tratado más favorablemente que aquéllas (Ss. TC. 184/1990, 74/1997).

## 6. LA RESPUESTA JURÍDICA: DIAGNÓSTICO SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL

A) Frente a las conclusiones más arriba expuestas, lo cierto es el camino que han tomado muchos Ordenamientos de nuestro entorno, y por lo que a nosotros afecta singularmente el español, es el del progresivo acercamiento entre el matrimonio y las uniones de hecho, desde el punto de vista jurídico fenómeno que ha provocado que las diferencias entre ambas figuras, al menos en lo que respecta al Derecho positivo, sean cada vez menos significativas.

Así, por un lado, ha tenido lugar un proceso de juridificación de las uniones no matrimoniales, que han pasado de no estar contempladas por el Derecho (es más, de ser intencionalmente ignoradas), a tener a través de diversas vías un régimen propio, más o menos cercano al matrimonial: claramente, en cuanto a los hijos, puesto que la equiparación entre la filiación matrimonial y la no matrimonial hace que su situación sea prácticamente la misma en uno y otro caso (aunque esto no es peculiar de las parejas de hecho, sino que se extiende a todos los casos de filiación extramatrimonial, convivan o no los padres); pero también en cuanto a la configuración de la unión y sus requisitos, a las relaciones entre los convivientes, o a las consecuencias de la ruptura.

Con cuanto queda dicho concurre un fenómeno paralelo de desjuridificación del ma-

rimonio civil, en el que destacan: 1) por un lado, la pérdida de importancia de los impedimentos matrimoniales, hasta el punto de que, como ya se ha dicho, en muchas leyes autonómicas sobre uniones de hecho, acaban coincidiendo el listado de quienes no pueden casarse y el de quienes no pueden constituir una unión de hecho a efectos legales; en este punto destaca especialmente la admisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, lo que hace desaparecer una de las diferencias más relevantes entre las parejas de hecho (que podían ser heterosexuales u homosexuales) y el matrimonio (esencialmente heterosexual); 2) por otro lado, la progresiva ampliación del divorcio, hasta llegar al divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, lo que acerca el matrimonio a una de las características más señaladas de las uniones de hecho, que es la libre disolubilidad. Tras este doble fenómeno, las diferencias jurídicas entre el matrimonio civil y las uniones no matrimoniales han quedado, en la práctica, muy difuminadas.

Desde otro punto de vista, la juridificación de las uniones de hecho, al menos tal y como ha sido llevada a cabo en nuestro país (y me refiero aquí básicamente a las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas), ha prescindido de una de las principales dificultades que presenta el establecimiento de un régimen legal específico para las situaciones de unión de hecho, que es, precisamente, el carácter fáctico de la relación que se trata de regular. El olvido de este dato, y la tendencia a tratar las uniones de hecho como realidades estrictamente jurídicas hace que muchas veces las soluciones que se ofrecen sean técnicamente insatisfactorias, por no decir abiertamente absurdas, y conduzcan a callejones sin salida, o escasamente practicables. Atender a las peculiaridades que derivan de su carácter fáctico es condición necesaria para afrontar jurídicamente el tratamiento de las uniones de hecho con alguna garantía de éxito. A la inversa perder de vista este planteamiento conduce a soluciones legales muy poco prácticas, que adolecen, además, de un formalismo exacerbado, hasta el punto de que en algunas legislaciones

autonómicas sobre uniones no matrimoniales el hecho desaparece, y queda solo el Derecho (por ejemplo, cuando cabe constituir legalmente una pareja de hecho mediante escritura pública, sin necesidad de que hayan convivido antes, ni de que convivan después, como ocurre entre otras en la Ley aragonesa 6/1999: cfr. arts. 3.1 y 6.1.d).

Algo parecido ocurre con los requisitos legales para constituir una unión de hecho, cuya aplicación acaba plasmándose en la existencia de uniones de hecho relevantes jurídicamente (“juridificables”), por un lado, y por otro uniones de hecho que, aun existiendo, y presentando los mismos problemas jurídicos que las anteriores, quedan al margen del Derecho por no reunir los requisitos fijados, o por la presencia de algún impedimento (“uniones no juridificables”). Es decir, que habría uniones de hecho de Derecho, y uniones de hecho solo de hecho (o uniones de mero hecho). Esta es una consecuencia inevitable del proceso de juridificación de las uniones no matrimoniales, que necesariamente deja de lado algunas (pocas o muchas) situaciones de convivencia de hecho que, por la razón que sea, no se consideran merecedoras de protección.

**B)** Como ya se ha recordado más arriba, en el Derecho español la forma de hacer frente a los nuevos modelos de familia ha variado: mientras las Comunidades Autónomas han optado por promulgar leyes de parejas de hecho (entre otras razones por carecer constitucionalmente de competencia para regular los aspectos personales del matrimonio), en el Derecho común español no existe una regulación legal de conjunto de las uniones de hecho, pero sí hay un apreciable número de reglas legales y decisiones judiciales relativas a las uniones no matrimoniales. Para el Derecho común, con repercusiones importantes en los autonómicos, el paso más importante desde el punto de vista de este proceso de aproximación entre matrimonio y uniones de hecho ha sido dado por las leyes 13/2005 y 15/2005, que han convertido el matrimonio civil en algo parecido a una unión de hecho cuya constitución y disolución están sujetas a un cierto control formal.

En efecto, como hemos visto, el matrimonio civil español ha asumido mediante esas leyes buena parte de los rasgos que caracterizan a las uniones de hecho.

C) Con fundamento en el análisis realizado con la brevedad que consienten estas páginas, no es aventurado concluir que la opción implícitamente asumida por el legislador común español es la de acercar el tratamiento del matrimonio, que es el modelo familiar más funcional desde el punto de vista jurídico y social, al de los modelos familiares menos funcionales, lo que no tiene demasiado sentido ni común ni jurídico. Al irse difuminando los rasgos que caracterizaban (también jurídicamente) el matrimonio civil, éste se ha ido convirtiendo progresivamente en una institución inespecífica (una mera “unión de dos personas independientes”).

En esta perspectiva, ¿qué queda del matrimonio? Cada vez más, solo un nombre y una forma (i.e., unas formalidades). Una cáscara vacía, y una inercia legal. El problema es, como se ha indicado más arriba de la mano de Archederra, el de la pérdida del vigor teleológico de la regulación del matrimonio y la familia. En efecto, a la vista de nuestra legislación, no es fácil saber para qué sirve, institucionalmente, el matrimonio, cuál es su finalidad, y cuál la razón por la que el Derecho lo regula con tanta atención y prolijidad, en sus aspectos personales y patrimoniales. Pero entonces tampoco somos capaces de saber por qué hay que regular las nuevas formas de familia, ni cuál es el contenido razonable de dicha regulación. La sociedad, y el Derecho, parecen carecer en muchos casos de una idea clara de cuál es la función de la familia (para qué sirve), y por tanto de cómo ha de ser regulada: no sabemos por qué hay un cartel encima del banco que dice “prohibido sentarse”, y por tanto no sabemos qué hacer ni con el cartel ni con el banco. De ahí que se haya hablado de un Derecho que duda sobre sí mismo, y cuyos fundamentos, sobre todo en relación con las reformas más recientes, son inciertos (Dekeuwer-Defosse).

## 7. A MODO DE CONCLUSIONES: PARA UNA REVITALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Como ha podido apreciarse, la situación en Derecho español en relación con las nuevas formas de familia es la de que prácticamente todas, en sus rasgos fundamentales, pueden cobijarse bajo el amplio amparo que les ofrece un matrimonio civil que ha quedado convertido en poco más que una etiqueta. El coste es, en mi opinión, excesivo.

¿Qué es lo que cabe hacer? ¿Cómo puede afrontarse esta cuestión? Creo que la respuesta pasa por recobrar la perspectiva, y proceder a un replanteamiento global del Derecho de Familia.

El punto de partida podría ser la idea de la diversidad: cuando estamos hablando de modelos de familia estamos hablando de modelos diferentes entre sí, y por tanto no intercambiables, ni social ni jurídicamente. La diversidad estructural y funcional habría de traducirse en diversidad jurídica, determinando en primer lugar qué modelos precisan de una específica regulación (puede que no todos: solo aquéllos que tengan una mínima funcionalidad social), y diseñando después un cauce propio para cada uno de tales modelos, que se adecue a sus rasgos característicos y sea proporcionado con su funcionalidad social. Y, sobre todo, conviene recuperar decididamente el modelo matrimonial: si buena parte del problema es la falta de vigor teleológico del matrimonio legal, de desdibujamiento de los fines de la institución matrimonial, de lo que se trataría es de buscar las vías que permitan recuperar ese vigor teleológico y, a partir de él, el sentido y contenido jurídicos del matrimonio.

En este sentido, cabe hacer algunas propuestas:

1. En primer lugar, reservar el término matrimonio para las uniones entre personas de distinto sexo (ese es el sentido propio de la palabra: art. 3.1 Cc.), de manera que las uniones homosexuales, en caso de entenderse que pre-

cisaban de una específica regulación jurídica (cosa que debería ser objeto de consideración y debate específicos), tuvieran un cauce institucional propio, diferente del matrimonio, y adaptado a sus características estructurales y funcionales. Es lo que han hecho, como hemos visto, Alemania (*Lebenspartnerschaftsgesetz*) o Inglaterra (*Civil Partnership Act*). Así se evitaría la homogeneización legal de dos realidades diferentes, pero también que, por lo menos a determinados efectos jurídicos (de régimen positivo), hubiera que distinguir entre los matrimonios contraídos por personas del mismo sexo, y los contraídos por personas de diferente sexo, como ocurre ahora (y pienso, destacadamente, en la presunción de paternidad del marido: nuevamente los hijos aparecen como claves en el tratamiento jurídico).

2. Reservado el matrimonio para las uniones heterosexuales, sería también razonable no solo permitir, sino también potenciar la opción voluntaria por un tipo de matrimonio caracterizado jurídicamente por una mayor estabilidad, al ejemplo de lo que se ha hecho en los Estados Unidos, país en el que varios Estados han introducido el llamado “matrimonio-alianza” (*covenant marriage*), caracterizado por el compromiso que asumen los cónyuges de esforzarse por resolver sus posibles diferencias o crisis sin recurrir al divorcio, y paralelamente por una fuerte limitación de las causas legales de divorcio, como una posibilidad que se ofrece a la libre elección de los cónyuges; esta decisión de política legislativa se acerca en su planteamiento teórico a las diversas propuestas de matrimonio opcional (disoluble o indisoluble), que se han producido en nuestra cultura jurídica en los últimos decenios.

Habría, entonces, un matrimonio “débil”, siempre heterosexual, y caracterizado por la fácil accesibilidad al divorcio, junto a un matrimonio “fuerte”, caracterizado por la limitada disolubilidad, o incluso la indisolubilidad, entre los cuales podrían elegir libremente los cónyuges, sin que a nadie se le imponga ningún modelo.

3. La existencia tanto de un cauce específico para las uniones homosexuales, como del

modelo matrimonial “débil”, cercano en sus planteamientos a las características de la unión de hecho, conduciría a no establecer una regulación específica para este fenómeno. En efecto, ¿qué sentido tiene establecer otro estatuto, semejante pero no idéntico al matrimonial, para quienes no han querido casarse, pudiendo hacerlo? Parece más razonable entender que quienes quieran obtener un determinado estatuto jurídico para su unión, lo hagan mediante el recurso al instrumento previsto a tal fin por el Derecho con carácter general, que es el matrimonio civil; y que quienes no quieran casarse, carezcan (por elección propia) de ese estatuto, al que ellos mismos no quieren someterse al no casarse, o de cualquier otro semejante.

En todos estos casos, se trata de sustituir un cauce único, caracterizado por una llamativa falta de contenido propio más allá de la forma matrimonial, por varios cauces distintos, con contenidos diferentes, que se adapten a la diferente funcionalidad de cada uno de los modelos de familia, y a sus características propias, y que a la vez permitan que cada ciudadano pueda encontrar el que más se adecue a sus preferencias, y simultáneamente respete su libertad de elección.

En cuanto a los efectos vinculados a cada uno de estos cauces institucionales, lo razonable sería hacerlos depender de su mayor o menor funcionalidad social, pero también de sus características y peculiaridades. En este sentido, parece que debe haber una relación entre la solidez funcional, social y jurídica de la figura de que se trate, y los efectos legales que se hacen derivar de ella. Solo un modelo familiar jurídica y sociológicamente fuerte es apto para soportar un denso conjunto de efectos, que van desde el nacimiento de un régimen económico peculiar (que impone sus reglas también a los terceros que se relacionan patrimonialmente con él, lo que le da una proyección pública más que notable), hasta la nacionalidad o los permisos de residencia, pasando por los derechos sucesorios del supérstite, o por la pensión de viudedad. En cambio, para modelos más débiles o inestables muchos de tales efectos pueden llegar a ser desproporcionados.

De este modo se conseguiría hacer compatible la atención a la diferente funcionalidad social y consistencia jurídica de cada uno de los modelos, con la libertad de los ciudadanos

para elegir el cauce que tengan por conveniente. La diversidad jurídica sería una traducción de la diversidad social, y en cuanto tal, digna de elogio.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre estas cuestiones la bibliografía es casi inabarcable. Por eso, indicaré preferentemente aquella que me ha resultado especialmente útil para formar mi pensamiento o para contrastarlo: en todos ellos se pueden encontrar nuevas referencias para el lector interesado.

Buena parte de los planteamientos expuestos en este trabajo pueden encontrarse, con mayor detalle argumental, en Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Pamplona, 1996; "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", *Revista de Derecho Privado* 2001, pp. 841 y ss.; y "Perspectivas sobre el 'matrimonio' entre personas del mismo sexo", en Martínez de Aguirre, C. y De Pablo Contreras, P.: *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid, Rialp, 2007, pp. 17 y ss.

Entre nosotros, sigue siendo fundamental la consulta de Viladrich, P.J.: *La agonía del matrimonio legal*, 4ª ed., Pamplona, EUNSA, 2001; también la de Navarro Valls, R. *Matrimonio y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1995; una panorámica de conjunto, y actualizada, de la situación en el Derecho Comparado en dos trabajos de García Cantero, G. (sin duda uno de los familiaristas más importantes de los últimos decenios): "¿Qué familia para el siglo XXI?", en *Convergence of legal systems in the 21<sup>st</sup> century (General Reports delivered at the XVI<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.301 y ss.; y *¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales?*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2003); una revisión reciente, la que realiza Cardenal Fernández, J.: *Reformas en el Derecho de Familia*, Murcia, UCAM, 2004.

Sobre el matrimonio y el Derecho de familia fuera de nuestras fronteras, muy brevemente, debe ser subrayado el trabajo de Glendon, M.A.: *The Transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989, sin duda uno de los análisis transversales más importantes de los últimos decenios. Contiene sugerencias interesantes, Dekeuwer-Defosse, F.: "Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1995 (2), pp. 249 y ss.; así como Meulders-Klein, M.T.: *La personne, la famille, et le Droit. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruxelles, 1999. Tuvo importancia en su momento Furguieue: *Liberté e famiglia*, Milano, Giuffrè, 1979, en cuyos planteamientos pueden encontrarse muchas de las claves que explican la evolución posterior del Derecho de Familia. Entre la manualística francesa, quiero destacar por sus planteamientos y por las perspectivas que aporta, Malaurie, Ph., y Fulchiron, H.: *La famille*, Paris, Defrenois, 2004.

Para planteamientos alternativos, cabe citar entre nosotros la temprana (y profética) aportación de Clavería Gosálbez, H.: "Hacia una nueva concepción del matrimonio", *La ley* 1983-2, pp. 1289 y ss.; de gran repercusión, Díez-Picazo, L.: *Familia y Derecho*, Madrid, Civitas, 1984; más tarde, los dos importantes trabajos de Roca Trías, E.: "Familia, familias y Derecho de Familia", *Anuario de Derecho civil* XLIII-IV, pp. 1055 y ss., y *Familia y Cambio Social (de la "casa a la persona")*, Madrid, Civitas, 1999; y Valpuesta Fernández, R., "Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Universidad de Murcia, 2004, pp. 4915 y ss.

Merecen una mención especial los planteamientos que sobre matrimonio y familia se hacen recientemente en USA. Una perspectiva funcional, en un sentido similar al aquí asumido, con profusión de datos y referencias, en Alvare, H. *et al: Marriage and the Public Good. Ten Principles*, Princeton, The Whitherspoon Institute, 2006; y más brevemente, Bradford *et al.: Why marriage matters*, 2ª ed., New Cork, Institut for American Values, 2005. Desde diferentes perspectivas, contienen aportaciones relevantes, entre los más recientes, Brinig, M.: *From Contract to Covenant (Beyond the Law and Economics of the Family)*, Cambridge, Massachussets, London, Harvard University Press, 2000; Hawkins, A., Wardle, L.D. y Coolidge, D.O. (eds.): *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century*, Westport, Connecticut, London, Praeger, 2002; y George, R. y Elsthain, J.B. (eds.): *The Meaning of Marriage (Family, State, Market and Morals)*, Dallas, Spence Publishing Company, 2006.

La bibliografía sobre uniones no matrimoniales, producida sobre todo en los últimos veinte años, es también extensísima. Entre las obras generales, cabe destacar, como una de las primeras que hizo un estudio global sobre la figura, Gallego Domínguez: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1995; también debe ser subrayado el conjunto de trabajos de Gavidia Sánchez, J.V.: *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995; "La libertad de elección entre matrimonio y unión libre", *Derecho Privado y Constitución* 12 (1998), pp. 69 y ss.; "La diferencia de trato constitucionalmente ilegítima entre el matrimonio y la unión libre; en especial, la doctrina del TC sobre la inadmisibilidad de la causa que impidió

contraer matrimonio a los convivientes”, *Aranzadi Civil*, 2002-I, pp. 2237 y ss., y “Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales”, *Aranzadi Civil* 2002-I, pp. 2355 y ss.; Llebaría Samper, S.: *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, Cedesc, 1997; Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2001. Pero de uniones de hecho tratan también muchas de las obras citadas con anterioridad. Sobre las leyes autonómicas de parejas de hecho, puede verse un planteamiento general en Amunátegui Rodríguez, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

En cuanto a las citas recogidas en el texto del trabajo, no reflejadas en la bibliografía anterior, las referencias son las siguientes: D’Agostino: *Linee di una filosofia della famiglia*, Milano, Giuffrè, 1991; Anderson, Noack, Seierstad y Weedon-Fekjaer, “Divorce-risk Patterns in Same-Sex ‘marriages’ in Norway and Sweden”, disponible en <http://paa2004.princeton.edu/abstractViewer.asp?submissionId=40208>; Arechederra Aranzadi, L.: *El consentimiento matrimonial*, Pamplona, EUNSA, 1989; Dailey, T.J. en, *Comparing the lifestyles of homosexual couples to married couples* (Marzo 2005), disponible en <http://www.frc.org/get.cfm?i=IS04C02>; König, “Sociological introduction”, en el cap. 1 (“Introduction”) del vol. IV (“Persons and Family”) de la *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen-The Hague-Paris, J.C.B. Mohr -Paul Siebeck-/Mouton, 1974); Lacruz Berdejo, J.L. en Lacruz *et al.*, *Elementos de Derecho civil IV. Familia*, 2ª ed., revisada y puesta al día por Rams Albesa, J., Madrid, Dykinson, 2005 (pero la opinión citada está presente desde las primeras ediciones); Morgan, P. *Marriage-Lite. The Rise of Cohabitation an its Consequences*, London, Institute for the Study of Civil Society, 2000.

El título se inspira directamente en un trabajo del siempre agudo Carbonnier, J.: “À chacun sa famille, à chacun son droit”, en *Essai sur les lois*, 2ª ed., Paris, Defrénois, 1995, pp. 181 y ss.

## RESUMEN

El presente trabajo reflexiona sobre la identificación tradicional entre familia y matrimonio, como forma fundamental para constituir las relaciones familiares. Estudia la identificación y la quiebra que tiene lugar con las formas de convivencia que se han venido introduciendo y que se inician con la concepción de la familia nuclear como elemento básico de la nueva familia a partir de las relaciones económicas y jurídicas resultantes del nuevo orden creado por la Revolución francesa. El artículo examina algunos de los elementos del matrimonio, se desenvuelve hacia los nuevos matrimonios y concluye con la necesidad de organizar las relaciones familiares sobre dos ejes básicos: el respeto a los derechos fundamentales de sus miembros y el acuerdo entre ellos, al margen de formas estereotipadas, lo que no excluye el derecho de quien debe proporcionar las prestaciones sociales de exigir la seguridad que proporciona la forma.

## PALABRAS CLAVE

FAMILIA, MATRIMONIO, PAREJAS DE HECHO, DERECHOS FUNDAMENTALES, MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO, RELACIONES PATERNO-FILIALES.

## ABSTRACT

This paper looks into the classic identification among family and marriage, as the main way to establish family relationships. It reviews the identification and bankruptcy which takes place with the forms of cohabitation that have been introduced and that start with the concept of nuclear family as the basic element of the new family model from economic and legal relations result of the new order created by the French Revolution. This article examines some marriage components; it points at new models of marriage, and it concludes that is necessary to arrange family relationships over two basic axes: on the respect of the fundamental rights of its members and their agreement, getting away stereotyped forms. It does not preclude the right of those who must provide the social benefits of demanding security that the form provides.

## KEY WORDS

FAMILY, MARRIAGE, COHABITANTS, HUMAN RIGHTS, SAME-SEX PARTNERSHIPS, FATHERHOOD/MOTHERHOOD.



# LA FAMILIA Y SUS FORMAS

Encarna Roca Trías

Magistrada Sala 1ª Tribunal Supremo  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona

Sumario: 1. Los persistentes valores de la familia. 2. El matrimonio como derecho fundamental. 3. ¿Tan importante es el derecho para la familia? 4. Conclusiones

“El matrimonio, Jacopo, es un contrato absurdo y vejatorio tanto para el hombre como para la mujer”

*El arte del placer.* Goliarda Sapienza. P. 593

Los responsables de esta revista me han pedido que reflexione de nuevo sobre el significado del Derecho de familia. En un trabajo anterior intenté demostrar que el concepto de familia tradicional, ligado a “la casa”, había sido superado por el sistema constitucional que, al reconocer la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones familiares, desembo-caba en un individualismo, en el que el papel “tradicional” de la familia tendía a quedar relegado. A pesar del tiempo pasado entre aquella publicación de 1999, y la presente reflexión, las ideas que recogí hace ya unos diez años sobre un aspecto de las relaciones humanas que los legisladores han insistido e insisten en comprimir en un catálogo de normas de aplicación general, se han confirmado y se ha venido a demostrar que el derecho no siempre sirve para dibujar el panorama general regulador de este tipo de relaciones, sino que, al contrario, normalmente va a remolque de la realidad. En lo que hemos coincidido en llamar *derecho de familia*, confluyen un conjunto de cuestiones que tienen más que ver con las delicadas respuestas personales a problemas tan antiguos como el mundo, como son los relativos a la reproducción de la especie humana o la transmisión del patrimonio, al lado de los más sofisticados como la lucha por la obtención de la felicidad

personal, que los románticos identificaron, en parte, con el matrimonio por amor. Como es fácil comprender, estas cuestiones poco o nada tienen que ver con el derecho, que sólo puede limitarse a ofrecer limitadas soluciones a los conflictos que las relaciones humanas no dejan de crear por su propia naturaleza, soluciones que el ordenamiento jurídico adopta por pura necesidad de organización de las convivencias. Un ejemplo claro de lo que acabo de señalar lo encontramos en el insoluble problema de la violencia en el seno del grupo formado por diferentes personas de edades diferentes, que hemos venido en denominar familia, pero no es este el único ejemplo que nos viene a ofrecer la sociedad; de modo que hoy los problemas no se centran en lo que aparece regulado en los Códigos, sino que el Derecho de familia, si queremos seguir identificando esta regulación con una expresión que permite que los investigadores nos entendamos, es un campo de estudio abierto a disciplinas muy distintas: sociología y demografía, derecho laboral, seguridad y asistencia sociales, derecho penal, economía, etc. ¿Dónde queda el Derecho civil? La familia ofrece un campo pluridisciplinar en el que el derecho es sólo una parte muy pequeña de todo el conjunto de reglas dirigidas a organizar todas estas relaciones. Mi reflexión, por lo tan-

to, va a ser más general y no se va a limitar a este estrecho campo de normas contenidas en el Código civil.

## 1. LOS PERSISTENTES VALORES DE LA FAMILIA

Al parecer, las encuestas a nivel europeo, señalan que la familia sigue siendo una de las instituciones sociales más valoradas. Y es cierto que el grupo ha actuado y sigue actuando como amortiguador de algunos de los grandes problemas que afectan a la sociedad en general y a la española, en particular, sin dejar, a su vez, de presentar cada vez nuevos y más complejos inconvenientes. Los hijos siguen dependiendo de los padres hasta edades escandalosamente maduras, porque los padres actúan como prestadores baratos de unos servicios que la sociedad no ha organizado suficientemente bien: desde el cuidado de los niños para permitir que las madres puedan trabajar, hasta la prestación de la habitación en una sociedad de precios desquiciados. Por esto no resulta extraña la respuesta a las encuestas. Pero al mismo tiempo, esta valoración favorable no va acompañada de un respeto a los derechos más elementales por parte de aquellos que se benefician de la situación, porque es también un hecho que cuando los iniciales beneficiarios deben a su vez prestar sus servicios, la situación se torna muy distinta: desde los casos de violencia, que alcanzan tanto a esposas/compañeras como a padres/madres, hasta la reticencia al pago de alimentos complementarios de pensiones de viudedad o jubilación a veces muy bajas o incluso inexistentes.

1. *Las premisas para un estudio coherente de la familia y su derecho.* Sin embargo, no voy a entrar en el examen de las razones, muy complejas, de estas situaciones y de la incoherencia de la sociedad. Esto pertenece a otro campo de investigación. Debe partirse de la premisa generalmente aceptada: que la familia es una institución social. A ello voy a añadir otras dos características, que me van a servir de punto

de partida básico para las reflexiones que seguirán: i) la familia es una institución en constante evolución y ii) nos encontramos frente a un concepto no jurídico. Estos dos puntos han sido discutidos ya en otros lugares, por lo que no voy a insistir en ellos. Sí vale la pena remarcar que resulta significativo que la Constitución haya omitido definir la familia a la que manda proteger, en el texto básico del art. 39 CE. Medida prudente que permite la adaptación del texto a cualquiera de los modelos que puedan presentarse en una determinada sociedad, pero que deja al investigador jurídico un poco desilusionado. Sin embargo, los dos puntos aludidos podrían ser aceptados desde otras disciplinas, jurídicas y no jurídicas. Así:

a) Desde el punto de vista económico, es una verdad constada que la familia es el pilar donde se asienta una parte importante del bienestar social. No tanto porque cree riqueza, como había sucedido históricamente, sino porque, como ya he dicho antes, actualmente funciona como un claro *agente del bienestar social*. La familia suple hoy carencias que se producen en campos básicos, como la vivienda, la educación de sus miembros, la protección de la salud y la ayuda en el desarrollo físico de los menores y el auxilio en la vejez de los mayores, la falta o la insuficiencia de los salarios, la de las pensiones, etc. Estas funciones han cambiado el tradicional papel de la familia como creadora de riqueza, en un entramado en el que las uniones de sus miembros se concebían como un sistema de favorecimiento de las relaciones sociales propias de una sociedad precapitalista y preglobalizada; ciertamente, los servicios se han prestado siempre en el interior de las familias, pero las razones eran muy otras. Las actitudes del príncipe de Salina en *El Gatopardo* obedecen a un sistema de ligámenes en el que los miembros de la familia eran tratados y concebidos como instrumentos para mayor honor y gloria de la casa a la que pertenecían; lo mismo ocurría en el sistema familiar catalán, en el que *el hereu* no era otra cosa que un administrador cualificado para tirar adelante la hacienda, lo que permitiría no sólo la subsistencia de los miembros del grupo familiar,

sino también su proyección económica. En estas condiciones, resulta lógico el sistema de legítimas, que constituyen el patrimonio de quienes trabajan, sin salario efectivo, para un sistema que debe protegerles y permitirles el crecimiento personal.

Actualmente, la familia cumple estas funciones sociales en un contexto muy distinto, aunque las razones son muy claras: la primera se encuentra en que el estado del bienestar, sobre todo en España, manifiesta carencias muy importantes, porque se encuentra escasamente desarrollado. Las leyes que se han ido aprobando y, más concretamente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre relativa a la *Promoción de la Autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia*, y la LO 1/2004, de 28 diciembre, de *Medidas de protección integral contra la Violencia de Género* y las normas que las desarrollan parten precisamente de la falta de independencia de la familia y por ello debe existir una interacción con las inversiones familiares que, en algunas ocasiones, son más capaces de proporcionar servicios adecuados a sus miembros y, generalmente, de mejor calidad. La idea de la familia como prestadora de servicios a sus miembros aparece claramente en relación al cuidado de niños y ancianos, en una sociedad carente de instituciones de calidad y en la cantidad adecuada a las necesidades personales y los presupuestos familiares..

La segunda razón se encuentra en el compromiso moral entre sus miembros, que algunas veces tiene una traducción legal, como ocurre con el derecho a los alimentos o las pensiones compensatorias post divorcio, pero que otras veces no deriva de ninguna obligación legal y que, es más, se cumple independientemente de que esta obligación exista o no. Se comprende así la metodología adoptada por Eekelaar ya en 1978, en su libro *Family Law and Social Policy*, para quien la finalidad actual de la familia es puramente funcional, es decir, que cumple una función importante en relación al cuidado de los hijos, de modo que, según este autor, la ideología de las sociedades occidentales en relación a esta institución se centra en la función de cuidar a las nuevas generaciones, de

modo que será el instrumento a través del cual se transmiten los valores, la cultura y las conquistas de una generación a otra.

Todo ello hace que sea cierto que la familia actúa de forma conjunta con el Estado en proporcionar bienestar a los miembros del grupo. Por ello dije ya en su día que el sistema actual puede calificarse como *sistema mixto*, en el sentido de que la familia constituye un sistema complementario de la actividad pública en lo que se refiere a la prestación de servicios, distribuyéndose las funciones entre las instituciones públicas y los particulares; no se trata de que el Estado y las administraciones públicas actúen sólo cuando los particulares obligados no lo hagan o lo hagan mal, sino que se produce una distribución de las distintas áreas de actividades, de modo que al Estado corresponde establecer el sistema que permita a los ciudadanos gozar de la plenitud de sus derechos fundamentales, mientras que a los particulares les atañe la prestación de determinados servicios asistenciales dentro del grupo familiar. Por ello aun hoy es absolutamente admisible la concepción funcional de la familia a que antes me he referido.

No hay definiciones legales de familia o, por lo menos, no las hay hasta el punto que limiten la libertad de decisión del legislador; pero si aceptamos esta funcionalidad podremos aceptar una definición tan sofisticada de *familia* como la que proporciona la Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, *De suport a les famílies*, que en su artículo se ajusta a esta realidad que estoy describiendo. Esta disposición dice que la mencionada ley tiene como finalidad establecer las bases para la protección de la familia, entendida como eje vertebrador de las relaciones humanas y jurídicas entre sus miembros y como ámbito de transferencias compensatorias intergeneracionales e intrageneracionales. En definitiva, se le está atribuyendo el papel que he descrito antes, como sistema de cohesión social.

Todo ello lleva a considerar que si bien el sector público juega un papel preponderante en la prestación de los servicios sociales, no es el único, porque el actual estado de bienestar

es un conjunto de actuaciones, en las que las familias no juegan un papel menor.

b) Desde el punto de vista social, la familia ha ido evolucionando, sin que sea previsible un final estabilizado a corto plazo. La forma tradicional de la familia extensa ya no existe más que en determinadas sociedades, pero no en las occidentales. La vista de los parientes del ya citado Príncipe de Salina resulta hoy un anacronismo; del concepto amplio del Derecho romano, en el que *todos* los que conviven con el *paterfamilias* son *familiares*, hasta las actuales familias monoparentales, las formas familiares han ido creando una serie de formas convivenciales, que demuestran la riqueza de las relaciones sociales.

Sin embargo, está extendida la idea, no totalmente exacta por lo que se verá, que la única forma de familia es la que se consolida a mediados del siglo XIX y que aparece descrita a mediados del XX por los sociólogos americanos con el nombre de *familia nuclear*. El modelo consolidado en aquel momento en la literatura social y jurídica, de donde pasó a los textos legales, era el que entendía la familia como una unidad de convivencia formada por un hombre, el marido, que aporta los medios económicos para la subsistencia de los otros (*breadwinner*); de una mujer que se ocupa de administrarlos y de educar a los hijos y que cuida a los otros familiares que eventualmente convivan (*housekeeper*) y, finalmente, de un número variable de hijos comunes, a los que se pueden añadir otros familiares del marido o de la esposa. Este modelo es el que se conoce con el nombre de *familia nuclear* y es el utilizado como modelo en general. Lo que se llama *nuclearización* de las familias es debido a unas circunstancias muy claras: la desaparición de personas que no componen este núcleo, la decadencia de la familia extensa y la generalización del matrimonio como sistema organizativo de la convivencia. Como afirma Flaquer (2006), “la reducción de la complejidad de los hogares es consecuencia del proceso de nuclearización desencadenado por la industrialización” y consiste en “el encogimiento de las familias extensas que existían en muchas

zonas rurales donde predominaba la pequeña y la mediana propiedad y en la disminución del número de parientes o de sirvientes residentes en los hogares formados por el núcleo de una familia elemental”; si bien, como sigue diciendo dicho autor, en España el proceso es mucho más tardío; de manera que prácticamente coincide el auge de la nuclearización con la transición del “modelo sustentador masculino al régimen de familia con dobles ingresos”.

Como siempre ocurre, el modelo de la familia nuclear no es el único posible, porque a su lado conviven otros tipos, como las *familias monoparentales*, que hasta hace pocos años estaban formadas por mujeres viudas con sus hijos y que ahora lo integran mayoritariamente núcleos residuales al divorcio y *las familias extensas*, en las que el poder aparece concentrado en el titular de los medios económicos que permiten a los otros miembros del grupo subsistir económicamente, como fue la casa pairal catalana. O bien, las nuevas formas de familias en las que se generalizan estructuras que algunos cualifican como *patologías* en relación con el esquema tradicional: las familias constituidas sin matrimonio, las familias recompuestas y las familias monoparentales, que ahora tienen como origen el divorcio de los progenitores, que deciden o bien contraer nuevo matrimonio (familias recompuestas) o bien continuar la convivencia sin volverse a casar o bien cohabitan sin casarse; finalmente, los matrimonios que deciden no tener hijos. Estos modelos a los que me estoy refiriendo tienen como base la convivencia de personas de sexo diferente. Como dicen los sociólogos, el modelo de la familia nuclear aún constituye el arquetipo sobre el que se construye la regulación general del Derecho de familia; e incluso en las uniones entre las personas del mismo sexo, ésta es una realidad indiscutible. En definitiva, el modelo histórico de la familia nuclear ha substituido, con éxito, el otro modelo histórico de las familias extensas. Sin embargo, algunas normas jurídicas siguen partiendo del tipo *familia extensa*: sólo hay que recordar aquí las reglas del derecho de sucesiones que, sobre todo en la sucesión intestada, parte de

la familia extensa para determinar quiénes son los herederos a falta de voluntad declarada del causante, presumiendo, según algunos autores, que el afecto se extiende a lo largo de una serie de parientes que llega hasta los primos: conclusión, la mayoría de las veces, absolutamente alejada de la realidad: ¿quién puede tener afecto por personas a quienes muchas veces apenas conoce? Y, como afirman analistas económicos de la familia, existe una contradicción sustancial entre el mantenimiento de las formas sucesorias que reconocen un conjunto de derechos a familiares que se hallan fuera del núcleo, con el papel del Estado, como recaudador fiscal; lo que genera la gran discusión acerca de los impuestos sucesorios.

Normas penales y administrativas se encargarán de establecer también los criterios para determinar agravamientos del delito y de las penas, incompatibilidades, etc., sobre la base de unos parentescos más o menos lejanos, pero en cualquier caso, partiendo de un concepto de familia que no es, muchas veces, el que funciona realmente.

Los cambios sociológicos afectan a diversos factores: la dimensión de las propias familias, el incremento de los hogares unipersonales y de las familias monoparentales, la disolución de la convivencia básica a partir de los divorcios y la generalización de la cohabitación, es decir la convivencia sin matrimonio. Todo ello lleva a lo que los sociólogos calificaron como *pluralismo familiar* que, sin ser una novedad absoluta, sí que exige que se den respuestas, que luego van a tener que ser objeto de decisión a la hora de determinar las políticas familiares. Se demandan estas políticas, pero los mecanismos para determinar a sus destinatarios tropiezan siempre con la dificultad de fijar los límites. Dificultades que van a acrecentarse cuando, como en la actualidad, existe, además, un pluralismo cultural que hace que en una determinada sociedad convivan otras familias con problemas distintos a los hasta ahora explicados.

2. *La familia como objeto de reflexión o la llamada "crisis" de la familia.* A partir de las anteriores consideraciones, puede llegarse a una primera conclusión: *todas las formas a las que*

*he aludido tienen un punto de conexión que es el matrimonio*, salvo los supuestos de las familias monoparentales. Porque incluso el caso de los hogares unipersonales están descritos de forma comparativa, como una situación de no-matrimonio.

Desde el punto de vista histórico, el matrimonio es el elemento determinante para la identificación del núcleo familiar: *sólo el matrimonio podía ser tomado en cuenta como elemento identificador de la existencia de la familia, porque sólo a través suyo se podían obtener algunas seguridades: la legitimidad de los hijos y, por este medio, la transmisión de la riqueza.*

Un autor tan significativo como lo fue Juan Pedro de Fontanella, que publica su obra *De pactis nuptialibus seu capitulis matrimonialibus* en pleno siglo XVII, describe el derecho de familia catalán a partir del estudio del matrimonio, al que ligará también la filiación. A quienes todo ello no concernía, el matrimonio no ofrecía ningún incentivo, como diríamos ahora: no estaban interesados en absoluto en contraer matrimonio. Como dice la autora cuya cita encabeza este trabajo, al matrimonio se llega por necesidad. Por ejemplo, en Gran Bretaña se decía que la vida de familia sólo era relevante a los efectos de la aplicación de la *Poor Relief Act*, de 1601, es decir, cuando los individuos debían depender de las ayudas públicas; una modificación de esta ley en 1718 impuso al marido la obligación de prestar alimentos a su esposa y a los hijos que hubiera tenido con ella; si bien, como afirma Eekelaar (1984), no había forma de exigir esta obligación, salvo en el caso en que se hubieran de proveer ayudas públicas. Lo mismo se pone de relieve con relación a la política familiar francesa del siglo XIX, ya que, debido al aumento de los nacimientos fuera de matrimonio, se incentivó el matrimonio entre las clases trabajadoras. En resumen, desde el siglo XIX se va extendiendo el modelo de familia nuclear a las clases sociales populares.

Cuando la burguesía accede al poder, con la Revolución francesa, se produce una primera democratización del matrimonio. Se extienden los intereses que se pretende proteger, que ya no serán exclusivamente los de la transmisión

de la riqueza, sino los de la estructuración de la sociedad de forma ordenada y conforme a una nueva ideología: el matrimonio trae la paz social, porque permite alcanzar unos fines que el Estado solo es incapaz de obtener. De nuevo Flaquer (1999) nos dirá que, al producirse una fuerte erosión de los modelos campesinos que fueron sustituidos por la familia nuclear, “con la difusión de los modelos individualistas, también este modelo se ha ido introduciendo en los barrios obreros de las grandes concentraciones industriales donde predominaban formas no estrictamente nucleares basadas en la solidaridad entre parientes y el colectivismo de clase”; por ello, el sistema venía marcado por altas tasas de ilegitimidad y de abandono, que empiezan a declinar precisamente con la aceptación de este patrón, que tenía en la base el matrimonio y así “se cosecharían los frutos de la lucha por la respetabilidad burguesa contra la ilegitimidad en la medida en que ésta representaba una desviación de los patrones establecidos de familia y matrimonio”.

El ejemplo claro de lo que estoy diciendo lo tenemos en el Código civil francés. Es significativo que el discurso preliminar del *Code* exalte la función sagrada que el matrimonio está llamado a cumplir, ya que tiene como finalidad la perpetuación de la especie, y él solo fundamenta la legitimidad de los hijos; como afirma Catala (2004), en el siglo XIX no hay otra familia que la que se crea por la unión conyugal, teniendo en cuenta, además, la naturaleza imperativa de las leyes que lo regulaban de modo que, siempre según este autor, el conjunto formado por el matrimonio, la filiación, el nombre, la obligación alimenticia y la herencia forma un bloque coherente de disposiciones, en la mayor parte, imperativas.

Como consecuencia, el matrimonio se erige en el centro de la regulación del Derecho de familia, ahora sí incorporado a los Códigos, y generaliza tres elementos básicos en esta nueva ideología:

1º La necesidad de concurrencia de forma para la validez del matrimonio: sin forma no hay matrimonio y sin matrimonio, lo único que hay es el estigma social. En este sentido

son significativas las ya antiguas sentencias de la Sala 1ª relativas a la nulidad de actos de disposición gratuita efectuados en favor de compañeras, por tratarse de actos de carácter inmoral (así las sentencias de 8 marzo 1918, 2 abril 1941 y 16 octubre 1959).

2º El matrimonio va acompañado de una organización económica: el régimen de bienes, que tiene diversas finalidades, tales como estructurar las compensaciones por el incremento de los patrimonios familiares, en una sociedad en la que la mujer empieza a ser considerada claramente como *housekeeper* y establecer los patrimonios responsables frente a los acreedores, normalmente del marido. La nueva economía resultante del orden posterior a la Revolución, los negocios, las tiendas, las sociedades, no elimina la necesidad del matrimonio, sino que lo acrecienta y aparece así el modelo de la mujer buena administradora y ahorradora. El ejemplo de Barbarita, esposa de D. Baldomero Santa Cruz (*Fortunata y Jacinta*) es paradigmático: suerte tiene la casa de tener a Dª Barbarita, porque el ejemplo contrario lleva a la ruina de todos, como nos demuestra Madame Bovary.

3º La legitimidad de los hijos, el miedo a que los bienes que han costado tanto vayan a parar a quienes no son los herederos directos sigue teniendo en el matrimonio el sistema de fijar quién es padre.

De aquí que haya que llegar a una primera conclusión: los sistemas de los Códigos europeos del siglo XIX y que persisten aún a lo largo de las modificaciones del siglo XX, sigue identificando, de forma más o menos directa, a la familia con el matrimonio. El matrimonio es la vía para la constitución de una nueva familia y sólo se constituyen familias a partir del matrimonio de sus miembros fundadores.

## 2. EL MATRIMONIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El sistema que se ha descrito hasta aquí tiene una consecuencia seguramente paradó-

jica en el momento actual: a pesar del digamos “desprestigio” del matrimonio, lo que se demuestra con la disminución del número de los que se contraen en toda la UE, se ha reconocido como derecho fundamental. Glendon (1989) pone de relieve que aunque la regulación matrimonial ha permanecido relativamente estable, se han producido muchos pequeños cambios que han llevado a una gran transición y que, aunque parezca paradójico, la misma evolución que representa una dejación del interés del estado en la formación del matrimonio, ha culminado en su reconocimiento como derecho fundamental.

1. *El derecho fundamental a contraer matrimonio.* El artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la ONU, de 1948, establece el derecho a contraer matrimonio entre los que deben quedar protegidos, camino seguido por el Convenio europeo de Derechos Humanos de 1950, que en su artículo 12 reconoce este derecho, situación consolidada en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000), que establece que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. La paradoja a que se refería Glendon en 1989 comienza ya a ser aceptada como cuestión general por parte de los investigadores europeos que se ocupan del Derecho de familia; así, MacGlynn (2006) señala diversas situaciones que se están produciendo en las sociedades occidentales: los niveles de matrimonio están bajando rápidamente en la UE, mientras aumentan los divorcios; las estadísticas de cohabitación aumentan a su vez, pero al mismo tiempo algunos estados han introducido el matrimonio para las parejas del mismo sexo; dicha autora añade que las contradicciones abundan porque, si bien la Convención europea de Derechos Humanos y la Carta de Derechos fundamentales de la UE reconocen el derecho a contraer matrimonio, la Corte de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de derechos humanos rehúsan definir las uniones de gays y de lesbianas como auténticas familias y defienden el matrimonio como un espacio reservado únicamente para

las parejas heterosexuales. Esta reflexión es absolutamente cierta y abunda en la paradoja de que el derecho a contraer matrimonio ha sido configurado como fundamental en el sistema europeo, mientras que no todos tienen acceso al ejercicio de este derecho.

Aunque todo ello ha llevado a una consecuencia de nuevo paradójica: cuanto mayor protección institucional ha recibido el matrimonio, más se ha acelerado su caída es decir, su consideración social. El hecho es que ahora los sociólogos se refieren a la desinstitucionalización del matrimonio como un hecho cierto y constatable, que se produce por medio de la baja del número de matrimonios y del aumento de la cohabitación (Flaquer, 1998) cuestión esta última que no significa que las personas estén dispuestas a no convivir, sino que buscan otros sistemas distintos. La hipertrofia del matrimonio como espectáculo, ha dado lugar a una simplificación de la prestación del consentimiento matrimonial. El éxito del matrimonio/derecho fundamental ha producido su propia caída.

2. *Las consecuencias de la construcción constitucional del matrimonio como derecho fundamental.* Cuando el derecho ordena una realidad y le atribuye, además, la categoría de derecho fundamental, debemos preguntarnos acerca de las consecuencias que ello comporta. Se ha visto ya que la opción de los legisladores internacionales y nacionales ha sido la de otorgar al derecho a contraer matrimonio la categoría de fundamental y ello comporta que un investigador de la familia deba formular una serie de preguntas, aunque la esperanza de que se vaya a obtener una respuesta correcta debe ser más bien ligera. La cuestión se centra en el contenido del propio derecho, que se considera que tiene dos vertientes: i) desde el punto de vista *positivo*, como el derecho a contraerlo “sin que a uno le impidan hacerlo más que en supuestos justificados” (Díez Picazo Jiménez, 2006), y ii), desde el punto de vista *negativo*, como derecho a no casarse si no se desea.

Si el matrimonio debe ser considerado como un derecho fundamental,

a) ¿Por qué están las personas constreñidas a contraerlo cuando se quieren establecer relaciones de pareja? Esta pregunta vendría a plantear la cuestión de si existe o no un derecho a no contraer matrimonio, entendido no como derecho a excluirlo, sino como derecho a acceder a las mismas prestaciones reconocidas a quienes lo han contraído. Ciertamente, nadie hoy va a afirmar que la libertad de las personas y su reconocimiento también como derecho fundamental, va a excluir que pueda nadie ser penalizado por no haber contraído matrimonio; ésta no es la cuestión. Pero cuando a nivel de discusión teórica se plantea el problema de si el artículo 32 CE contiene un derecho negativo a excluir el matrimonio, las opiniones están lejos de resultar unánimes.

En primer lugar, quienes sostienen que no existe un derecho negativo a excluir el matrimonio, pero con las mismas consecuencias que si los convivientes estuvieran casados, alegan que debe protegerse también la libertad de elección de quienes la han efectuado; no se quiere el matrimonio como institución y, por ello, se excluye la forma; la consecuencia es que no sólo se prescinde de la forma, sino que se desechan las consecuencias de su utilización; por tanto, los efectos del matrimonio. Y éste es también un derecho fundamental ejercido de acuerdo con el de libertad, por lo que va a tener razón, según esta opinión, el Tribunal Constitucional cuando ya desde 1990 ha dejado clara la diferencia entre las dos situaciones. Sin embargo, quienes sostienen que sí debería considerarse incluido en el artículo 32 CE el derecho negativo a no casarse, entienden que la exclusión de la forma no impide la existencia real y efectiva del consentimiento matrimonial y por ello deben protegerse las situaciones de hecho y atribuirles los mismos efectos que a los matrimonios, porque la falta de la forma no debe llevar a negar eficacia a la denominada unión de hecho. En definitiva, si existiera esta vertiente del derecho a contraer matrimonio, los poderes públicos vendrían obligados a “regular orgánicamente situaciones convivenciales alternativas al matrimonio, como presupuesto del ejercicio de este dere-

cho” (Talavera, 2001). Hay que reconocer que la doctrina de nuestros Tribunales no ha sido muy unánime; puede decirse que el Tribunal Constitucional, desde la sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, ha venido a confirmar la diferencia de las dos situaciones, teniendo en cuenta que el matrimonio es una institución incorporada al sistema constitucional, mientras que las uniones de hecho no gozan de esta categoría; lo que, evidentemente, no las coloca fuera de la ley, sino únicamente al margen de la misma; así, como el artículo 32 CE incluye el derecho a no casarse, las parejas que optan por esta posibilidad no pueden exigir que se les dé un trato similar a las parejas casadas. Pero esta línea de solución del problema que se mantiene a partir de la STC 184/1990 quiebra en la STC 222/1992, cuando incorpora a las parejas de hecho en el supuesto de la subrogación en el arrendamiento pactada por el cónyuge que fallece, diciendo que

“Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter ‘social’ de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los aps. 2 y 3 del mismo artículo”.

El TS tampoco ha sido muy unánime, aunque hay que reconocer que sólo las cuestiones relacionadas con compensaciones económicas consecuencia de las crisis matrimoniales han sido objeto de las decisiones de la Sala 1ª. La sentencia de 21 octubre 1992 rechazó la aplicación por analogía del régimen económico matrimonial por falta de pacto expreso o tácito



to; estos pactos o los *facta concludentia* deben evidenciar de forma inequívoca la voluntad de poner en común todos o algunos de los bienes adquiridos constante la unión. Es sabido que la sentencia de 11 noviembre 1992 llevó al principio del enriquecimiento sin causa la reclamación de una de las partes en demanda de compensación por los incrementos experimentados por el otro conviviente durante la unión. La sentencia de 12 septiembre 2005 pretende crear una doctrina unitaria sobre este problema y, a tal efecto, empieza poniendo de relieve las técnicas utilizadas por el Tribunal Supremo para resolver esta cuestión que, después del análisis de diversas sentencias, se encuentra en la técnica del enriquecimiento injusto:

"En conclusión y como epitome, se puede decir que en el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes".

Porque el Tribunal afirma expresa y rotundamente que

"sentado lo anterior, es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio [...], aunque las dos estén dentro del derecho de familia".

Es decir, que puede afirmarse rotundamente que el TS no equipara ambas situaciones, no les atribuye los mismos efectos, aunque y ello resulta importante, les reconoce la categoría jurídica de familias. La respuesta de nuestros tribunales a la pregunta que he formulado en este apartado parece más inclinada a la negación del denominado *derecho a no contraer matrimonio* con las características que he puesto de relieve, que a dar la razón a quienes consideran que sí existe. Por lo demás me parece que la pregunta es retórica...

Al mismo tiempo, hay que recordar que algunas resoluciones de la Corte europea de Justicia llevan a conclusiones muy parecidas.

En el caso *Netherlands v Reed* (Case 59/85), [1986] ECR 1283; [1987 2 CMLR 448), el Tribunal consideró que el término *esposola* no se extendía a los convivientes no casados, de modo que los convivientes al no ser esposos están excluidos de los derechos comunitarios atribuidos a los emigrantes, aunque posteriormente en los casos *Eyüp v Landesgeschäftsstelle* (Case C-65/98, [2000] ECR I-4747 122-59 y en el caso *Baumast and R. v Secretary of State for the Home Department* (Case C-413/99, [2002] ECR I-7091; [2002] 3 CMLR 23) la Corte ha mostrado un mayor respeto en relación con la protección de la vida familiar, tal como se ha explicitado en el artículo 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE; de manera que las relaciones heterosexuales gozan de la protección acordada por el derecho al respeto a la vida familiar. Como puede comprobarse, la palabra que mejor define la actual situación es *desconcierto*.

b) La segunda pregunta se refiere a la justificación de limitar el acceso al derecho a contraer matrimonio sólo a personas de sexo diferente. ¿Por qué se limita el derecho al hombre y la mujer, el uno con el otro, y no se acepta que puedan contraerlo los hombres y las mujeres entre ellos? Este pregunta está hoy en el centro del debate internacional, dadas las distintas soluciones que se han producido en Europa y en América y que siguen distintos modelos: desde el de las uniones registradas, propio de los países escandinavos y que fue el sistema para abrir las soluciones, hasta el matrimonio propiamente dicho que se ha aceptado como tal en legislaciones de Holanda, Bélgica, España y Canadá. No voy a entrar a discutir el tema aquí, dadas las implicaciones de todo tipo que conlleva esta discusión. Sólo quiero recordar ahora que, si bien el auto del Tribunal Constitucional 222/1994 dijo que el matrimonio que protege la Constitución está basado en el principio heterosexual, no excluye que futuras decisiones de la Corte constitucional lleven a una conclusión distinta. A tal efecto, resulta interesante el planteamiento efectuado por Díez Picazo Jiménez (2006) quien interpreta el art. 32 CE desde dos puntos de vista dis-

tintos, con consecuencias específicas en cada caso: si dicha disposición “consagra un puro derecho subjetivo”, “habrá que concluir que el artículo 32 CE impide al legislador suprimir el matrimonio entre hombre y mujer”, pero que no le impide ampliarlo. Mientras que si el artículo 32 se interpreta como una garantía institucional, se sustraería la materia a la libre disponibilidad del legislador. Parece que la opción del legislador es la de considerar el matrimonio como un derecho subjetivo, lo que le ha permitido regularlo de la forma que lo ha hecho en la Ley 15/2005. No pienso que esta opción sea contraria a la regulación constitucional y, por tanto, me inclino por aceptar la primera de las interpretaciones propuestas por este autor, aunque una cosa es garantizar al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio y otra cosa distinta es ampliarlo a otros supuestos, lo que no prohíbe el artículo 32 CE ni los propios textos de Derechos humanos ligados con nuestro ordenamiento.

No habría, por tanto, una garantía institucional, sino sólo un derecho subjetivo, lo que permitiría admitir la constitucionalidad de la ley que admite el matrimonio de personas del mismo sexo, porque su protección institucional queda asegurada. Una interpretación de este tipo viene también confirmada por el artículo 9 de la Carta de Derechos Humanos de la UE que, a diferencia de lo que se establece en el artículo 12 del Convenio europeo, señala que *todos* tienen derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones, lo que amplía indudablemente el ámbito de los legitimados para hacerlo.

c) La tercera pregunta tiene una más fácil respuesta: ¿por qué sólo deben estar protegidos los hijos que nazcan de uniones matrimoniales? La respuesta constitucional es clara: la protección debe alcanzar a los hijos con independencia de su filiación; ésta es una forma de fijar la relación paterno filial, pero no una forma de discriminación entre hijos nacidos dentro del matrimonio y de los nacidos de padres que no lo han contraído. Ninguna duda sobre esta cuestión. Ciertamente, a nivel europeo ha habido una creciente separación entre filiación y ma-

trimonio hasta el punto de que algunos autores entienden que la familia actual en vez de estar fundada en el matrimonio, está fundada en la filiación. McGlynn (2006) pone de relieve que históricamente el matrimonio formaba la base de la familia a la vista de las dificultades para determinar quién era el padre, de manera que se había convertido en el elemento clave para comprender lo que era el padre. Sin embargo, continúa diciendo esta autora, la realidad social de acuerdo muestra que cada vez existen más hijos nacidos fuera del matrimonio, cuyos padres a menudo conviven, con el incremento de divorcios y la consiguiente formalización de familias recompuestas; ello va a producir la necesidad de cambios en la aproximación entre matrimonio y filiación, de manera que ésta quede separada del primero. Y ello es lo que ocurre en nuestra Constitución, en la que la obligación del cuidado de los menores o de aquellas personas cuyas circunstancias impliquen una necesidad de protección, se separa del matrimonio y se basa en la filiación, por medio de la investigación de la paternidad.

De aquí que las preguntas que me hacía en este punto de mi reflexión tengan una respuesta bastante obvia: aunque el matrimonio siga siendo el modo más habitual de formar una familia, ni debe identificarse con la propia familia, ni sirve ya para las finalidades que históricamente se le atribuyeron. El matrimonio no puede tener la exclusividad para determinar los derechos y deberes de los convivientes, ni sirve ya para fijar las bases en la determinación de las relaciones paterno-filiales.

3. *Ventajas e inconvenientes del sistema basado en el matrimonio.* El derecho es tozudo y sigue manteniendo el matrimonio como elemento básico en la formación de la familia y ello aunque la identificación entre ambos elementos no pueda ya darse. Porque en el actual nivel de regulación y en relación con las actitudes sociales, no se puede centrar el tema sobre bases exclusivamente jurídicas, sino que hay que reflexionar sobre las ventajas e inconvenientes que comporta el cambio o el mantenimiento de la forma matrimonial en la base de las relaciones familiares.

Como ventajas, debe hablarse de las siguientes:

- La seguridad que proporciona el gozar de un sistema claro de reglas en las relaciones entre los que se casan, tanto durante la vigencia del matrimonio, como en relación a la disolución. Dejando de lado las causas del divorcio, lo que sí es cierto es que las reglas para la liquidación de la relación matrimonial ofrecen un plus de seguridad a partir de la identificación de quienes van a tener que asumir determinadas obligaciones consecuencia de la disolución. Y ello con independencia del cumplimiento de las mismas. Una situación de hecho produce más irresponsabilización, al no poder identificarse, por no existir, los derechos y deberes de quienes la forman. Los temas discutidos en las sentencias sobre liquidación de relaciones de hecho son, fundamentalmente, los económicos, en el sentido de que no se sabe si existen o no compensaciones, mientras que en las liquidaciones de las sociedades de gananciales lo que se va a discutir es si determinados bienes forman o no parte de la masa común a partir, pero sobre la base de la existencia del régimen. Los litigios no se evitan, pero...

- Los terceros que se relacionan con los cónyuges gozan también de una seguridad adicional respecto al sistema de responsabilidad por las deudas de los cónyuges, ya sean domésticas, ya sean generadas por cualquiera de los cónyuges en ejercicio de su profesión.

- La protección tiene lugar por medio de normas tuitivas. El derecho de familia ha sido concebido como un conjunto de normas imperativas para evitar que en situaciones de real desigualdad, uno de los cónyuges pueda prevalerse de su posición preponderante para ocasionar perjuicios al otro.

- Permite la identificación inmediata de las personas a las que se puede exigir el cumplimiento de los deberes para con los hijos.

Sin embargo, cualquier investigador consciente no dejará de poner de relieve los *inconvenientes* que presenta este esquema; y el mayor de todos ellos, por no decir quizá el único, se encuentra en la colisión con el derecho a la

libertad de casarse o no casarse. Dejo aparte la anterior discusión sobre si el derecho a no casarse forma parte del fundamental a contraer matrimonio. Creo que es una discusión en la que no resulta interesante seguir ahondando; en lo que sí quiero insistir ahora es en el problema no sólo teórico que se presenta con relación al derecho a no casarse y si debe éste ser protegido cuando los implicados en la decisión la toman por razones ideológicas (STC 66/1994, de 28 febrero<sup>1</sup>) o culturales (STC 69/2007, de 16 abril<sup>2</sup>). A esta problemática debo añadir la que se refiere a la posibilidad de organizar la relación matrimonial del modo más adecuado a las condiciones personales y sociales de quienes deciden contraerlo. No piense el lector que me refiero al régimen económico matrimonial, porque todos sabemos que los cónyuges tienen una cierta libertad en este campo. Me estoy refiriendo a la celebración de matrimonios a plazo, o bajo determinadas condiciones y a los matrimonios con más de una persona o con determinados parientes.

Respecto de las denominadas modalizaciones del matrimonio, contenidas en el art. 45.2 CC, que considera como no puestos “la condición, el término o el modo del consentimiento”, hay que reproducir aquí la teoría jurídica que entiende que estas modalizaciones serían contrarias al contenido matrimonial, ya que la institución del matrimonio, tal como aparece concebida en la legislación actual, no admite la autonomía de la voluntad en la determinación de este contenido. Ya Castro (1967) decía que aunque se admitieran los negocios de derecho de familia, “lo íntimo de estas relaciones hace que, esa su peculiar naturaleza, haga presumir que conductas que normalmente se induciría la existencia de un negocio jurídico, sean consideradas extrañas al ámbito de lo negocial”; ello hará que estas modalidades del matrimonio sean excluidas porque el matrimonio como negocio “excluye la predeterminación vinculante de un contenido contrario al genérico dispuesto por la ley y, asimismo, la de uno de los contenidos específicos, de los distintos modelos concretos que admite hoy el ordenamiento jurídico” (Salvador Coderch, 1984);

por ello, se excluye el pacto sobre condiciones, términos y modo: el matrimonio se debe aceptar tal como está diseñado legalmente. Sin embargo, tampoco se admitía el matrimonio con personas del mismo sexo y ya sea a través del reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de las personas transexuales, ya sea por medio del reconocimiento del derecho a las del mismo sexo, éste ha cambiado. ¿Cuál es la razón jurídica que impediría pactar un matrimonio temporal y más cuando actualmente el divorcio no requiere causa? La rigidez de determinadas soluciones no impide que los ciudadanos tomen sus propias decisiones: ya que no pueden pactar un matrimonio temporal, se usa la convivencia de hecho para obtener resultados parecidos y así la convivencia es percibida en muchos casos como un matrimonio a prueba (Meil, 2007), o también como un sustitutivo del demasiado formal y comercializado matrimonio.

Si seguimos analizando los requisitos legales, llegamos a puntos cruciales de su estructura: el matrimonio entre determinados parientes está excluido en el Código civil (art.46 CC), por razones eminentemente sanitarias y culturales; sin embargo, como pone de relieve Glendon (1989), no debe confundirse el tabú del incesto con el matrimonio entre otros parientes, ya que, si bien los ordenamientos occidentales prohíben los celebrados entre los parientes de la línea recta y los hermanos, las prohibiciones se han reducido o incluso han desaparecido con relación a los otros parientes, como ocurrió en España en la reforma de 1981, que excluyó de la prohibición a los del cuarto grado. Ciertamente, añade Glendon, que una explicación genética resulta popular, pero demasiado fácil, porque en el fondo responden a otros criterios no exclusivamente sanitarios, como ocurría con la antigua prohibición que afectaba al tutor con relación al sometido a tutela, cuya finalidad era evitar la explotación del menor y que ha desaparecido en el momento en que el matrimonio sólo puede ser contraído válidamente por mayores de edad o menores, pero con dispensa judicial. Finalmente, el matrimonio con más de una persona sigue siendo un

tabú cultural sólo para aquellos sistemas matrimoniales que derivan de regulaciones ligadas con la fe cristiana, mientras que otras, como la secta Amish y los propios musulmanes admiten la poligamia, con las consecuencia que plantea en sociedades multiculturales, como están destinadas a serlo las occidentales. Algunos autores consideran que aquí se demuestra una de las grandes hipocresías del sistema, porque aunque la poligamia simultánea aparece excluida en los países occidentales, nada impide la poligamia sucesiva de los divorciados, que es práctica frecuente en los países ricos del mundo occidental (Glendon, 1989).

Estas reflexiones no deben entenderse en el sentido de que aquí se propugna una ordenación matrimonial en la que se eliminen estas reglas. La regulación del matrimonio es competencia del Estado que, según el art. 32.2 CE, debe fijar las condiciones para su validez y que, con toda seguridad, elegirá un contenido matrimonial que esté de acuerdo con las tradicionales reglas aceptadas socialmente desde hace muchos años. Hay que tener en cuenta que la mayoría de los países occidentales presentan un contenido muy homologable en lo que se refiere a la regulación de los matrimonios aunque, como pone de relieve Glendon, la referencia a las condiciones para contraerlo y el propio contenido ha sufrido también una evolución importante a lo largo de los últimos doscientos años. En definitiva, se pasa del matrimonio sacramento, al matrimonio-contrato y, como afirma Hattenhauer (1987), para Lutero el matrimonio era “un negocio mundano”, que hay que dejar a las autoridades temporales; evolución que culminaría con el Código civil francés, que siguió el carácter contractual del matrimonio y dejó la religión en el ámbito privado de la conciencia, de donde deriva, evidentemente, la introducción del divorcio como sistema de disolución.

Todas las explicaciones relacionadas con el concreto contenido del matrimonio y con el derecho a contraerlo están fundadas en reglas provenientes de una determinada tradición cultural que, como ocurre en todos los aspectos del derecho de familia, el ordenamiento

jurídico no ha hecho más que aceptar y consolidar como reglas generales; con lo que se desprenden de su origen, se hacen abstractas y aparecen como reglas inherentes a la propia institución. Sin embargo, no hay nada que decir en que existan, porque cualquier sistema jurídico debe optar por exigir unas condiciones determinadas para los que deciden contraer matrimonio, del mismo modo que las requiere para quienes quieren contratar u otorgar testamento. Lo que he querido remarcar es que estas condiciones no se fundan en un razonamiento jurídico, sino en prejuicios culturales o religiosos que llevarán a una u otra exigencia. Por tanto, no se pueden encontrar argumentos jurídicos absolutamente convincentes para justificar la decisión sobre cuál de las reglas es preferible a otra, porque en el fondo las que aquí se examinan se fundan no tanto en un preconcepto del matrimonio, sino en un preconcepto de familia, para la cual el matrimonio es un elemento indispensable. Y todo ello unido a la ingenuidad social de basar el matrimonio en un afecto que se pretende perdure para siempre.

### 3. ¿TAN IMPORTANTE ES EL DERECHO PARA LA FAMILIA?

Las anteriores reflexiones no han hecho más que poner sobre el papel la problemática en la que hoy se mueve el denominado derecho de familia: sometido a una determinada horma, la jurídica, ha pasado de ser un sistema pensado y ejecutado para unas finalidades sociales muy concretas, a carecer de límites y de finalidades, más allá de las propias de una valoración social cada día menos dispuesta a admitir que el matrimonio sirve para todo aquello para lo que hasta ahora ha servido, aunque hace ya algún tiempo que ha dejado de resultar útil para ello. La sociedad ha evolucionado y ofrece buenos espacios de especulación acerca de las instituciones familiares, más allá del propio matrimonio, aunque, en el fondo, todo ello no sea más que vino viejo en odres nuevos. Yo diría que en la actualidad el derecho de familia

presenta muchos campos de reflexión, aunque en esta parte del trabajo me limitaré a exponer algunos de ellos, a modo de reflexión sobre cuestiones básicas, sin ninguna intención de aportar soluciones, que no se encuentran en manos de nadie. Voy a reflexionar sobre los nuevos matrimonios, el papel de la autonomía de la voluntad en la fijación de las relaciones entre los cónyuges y el nuevo concepto de las relaciones paterno-filiales.

Todo ello, sin embargo, no debe ocultar algunas realidades sociales a las que no voy a referirme directamente, pero que seguramente deberían ser objeto algún día de una reflexión autónoma y más profunda. Me refiero a la convivencia de distintos modelos familiares consecuencia de la coexistencia de distintas culturas en un mismo espacio geográfico: qué ocurre con los matrimonios de personas menores de edad, válidos según una determinada religión, pero inválidos según el Código civil; qué ocurre con determinadas formas de disolución del matrimonio; qué ocurre con la capacidad para contraer determinados matrimonios, concretamente, entre personas del mismo sexo; qué ocurre con un sistema sucesorio obsoleto en el que los padres deben seguir invirtiendo en sus hijos, por medio de las legítimas, más allá de sus propias necesidades. Estas cuestiones están sobre la mesa y se requiere una reflexión generalizada y profunda que va más allá de hipócritas posturas basadas en unos criterios religiosos que deben permanecer en el fuero de la conciencia, pero no afectar a las decisiones de los poderes públicos. Pero de ello hablaré en las conclusiones de este trabajo. Vayamos ahora a examinar estos tres puntos, seguramente más adaptados a la mentalidad de los juristas a quienes va dirigido.

1. *Los nuevos matrimonios.* El matrimonio es hoy una institución frágil, porque está expuesto a una sobreexplotación cultural y comercial que hace que ofrezca unas expectativas que luego no cumple. Sin embargo, sigue siendo el oscuro objeto del deseo de todos, independientemente de las razones que cada uno de los colectivos implicados tiene para apetecer entrar en la institución matrimonial.

Al mismo tiempo, la fragilidad de las relaciones conlleva el establecimiento de sistemas de extinción del matrimonio, porque no se va a poder esperar la disolución por muerte de uno de los cónyuges, sino que es necesaria esta disolución en vida de los mismos para evitar, en la mayoría de los casos, males mayores. Para ello está el divorcio. Este apartado, pues, debe tratar estos dos aspectos.

a) *El acceso al matrimonio.* En el anterior apartado se ha reflexionado acerca de la cuestión relacionada con las limitaciones que el derecho fundamental a contraer matrimonio puede tener cuando se exige que los cónyuges sean de sexo diverso. Quiero ahora estudiar esta cuestión desde el punto de vista del nuevo concepto de matrimonio que deriva de determinados planteamientos. Y estos planteamientos tienen relación con varias cuestiones a las que antes me he referido: las opciones personales que, a pesar de reconocer que el matrimonio es una institución pasada de moda, acuden a él como la forma más segura para las inversiones, personales y de otro tipo, que se hacen en la pareja (Meil, 2007); o bien las opciones religiosas de los contrayentes, lo que repercute en la necesidad de que el Estado escoja o bien aceptar, dentro de los límites constitucionales, las formas religiosas (modelo español), o bien en el rechazo directo de estas formas, con el reconocimiento de un único matrimonio, el civil, que será el ajustado al derecho del Estado (modelo francés).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos había tomado algunas decisiones en relación con el derecho a contraer matrimonio, aunque la cuestión del acceso al matrimonio ha sido estudiada hasta ahora en el TEDH siempre en relación con personas transexuales. Efectivamente, el artículo 12 de la Convención europea de los Derechos del Hombre dice: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse y fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. La interpretación tradicional de la Corte Europea ha tenido que ver con casos en que la legislación de uno de los países firmantes de la mencionada Carta había impe-

dido el matrimonio de transexuales, entendido desde el punto de vista de aquella persona que, habiendo nacido como perteneciente a un determinado sexo, cambiaba para pasar a pertenecer a un sexo distinto como consecuencia de tratamientos médicos. Son conocidos los casos *Cossey v UK* (sentencia de 27 de septiembre de 1990), *Reess v UK* (sentencia de 17 de octubre de 1986) y *Sheffield & Horsham v UK* (sentencia de 30 de julio de 1998); en todos ellos se trataba de decidir sobre si se ajustaba o no al Convenio europeo el rechazo de las autoridades inglesas al reconocimiento de la nueva identidad sexual de personas transexuales operadas. Y en todos ellos, la Corte no consideró que la prohibición de matrimonio fuese contraria al mencionado artículo 12 de la Carta, porque para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, este artículo se remite a “las leyes nacionales”, por lo que los Estados firmantes del Convenio tienen plena competencia para definir quiénes van a estar legitimados para casarse y quiénes no.

Sin embargo, esta situación cambia en los dos casos decididos el 11 de julio de 2002; se trata de los casos *Goodwin v UK* y *I v UK*, en los que la Corte considera, por primera vez, distintos el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia que aparecen juntos en el mismo artículo y que hasta el momento de dictarse las dos sentencias referidas, habían sido considerados uno en función del otro. Entre otros argumentos, la Corte considera que la incapacidad de una pareja para concebir un hijo no es en sí misma razón suficiente para privar a sus miembros del derecho a contraer matrimonio, y añade que la Corte no está convencida de que hoy pueda continuar admitiendo que los términos expresados en la Carta implican que el sexo deba ser determinado por criterios exclusivamente biológicos.

“98. Reexaminando la situación en 2002, la Corte observa que de acuerdo con el artículo 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental del hombre y de la mujer de casarse y formar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero y la incapacidad para concebir y educar un hijo no debería en sí mismo comportar la privación del derecho debido en la primera parte del artículo.

99. El ejercicio del derecho a casarse comporta consecuencias sociales, personales y jurídicas[...].

100. Ciertamente, la primera frase contempla expresamente el derecho de un hombre y una mujer a casarse. La Corte no está convencida que hoy pueda continuar admitiéndose que estos términos implican que el sexo debe ser determinado según criterios puramente biológicos”, como había declarado el juez Ormrod en el famoso caso inglés *Corbet v Corbett*.

El resumen de los razonamientos más importantes puede llevar a las siguientes conclusiones: i) debe separarse el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia; ii) la imposibilidad de concebir dentro de la pareja no es un elemento determinante para declarar quién tiene o no derecho a contraer matrimonio; iii) aunque la regulación del matrimonio se deje a los derechos nacionales, las limitaciones que éstos establezcan no pueden reducir el derecho a un grado tal que afecte la propia sustancia del mismo. Sin embargo, debe ponerse de relieve que la Corte no había considerado nunca un obstáculo para la validez del matrimonio ni la edad de los contrayentes, ni que uno de los miembros de la pareja estuviera afectado por una esterilidad (Díez Picazo Jiménez, 2006). En definitiva, el caso *Goodwin* resulta relevante porque la Corte entiende que se han producido grandes cambios en la institución del matrimonio (*major changes*) desde la aprobación del Convenio y uno de ellos aparece en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que ha cambiado la expresión “hombre y mujer” utilizada en el artículo 12 del Convenio para señalar las personas que tienen derecho a casarse, por una expresión general y neutra, cuando dice que este derecho “se garantiza”.

La declaración relativa a las competencias de los legisladores nacionales relativa a la regulación del matrimonio plantea algunas cuestiones, que la sentencia no soluciona: la primera se refiere a cómo debe determinarse el sexo si éste, aun cuando no sea un elemento determinante, sigue siendo básico en la regulación matrimonial en los países adheridos al Convenio de Europa. La segunda se refiere al significado que hay que dar a la expresión de que no se puede reducir el matrimonio de tal manera

que la propia sustancia del mismo venga afectada. Estas cuestiones no tienen respuesta, por ahora, en la jurisprudencia de la Corte europea. Porque, en definitiva en estas sentencias se sigue con la idea de que la sustancia del matrimonio requiere la presencia de un hombre y una mujer, ya que no hay que olvidar que estas decisiones se formulan en dos casos de transexualidad y si, de acuerdo con la Corte, los conceptos de hombre y mujer no son sólo biológicos, para dar mayor seguridad jurídica a los afectados, la Corte quizá hubiera debido ser más concreta. De todos modos, como ya he puntualizado antes, el artículo 9 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea formula la cuestión del sexo con relación al matrimonio de una forma mucho más abierta, al establecer que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. En esta redacción han desaparecido los sujetos titulares del derecho a contraer matrimonio, aunque se mantiene la referencia a las leyes nacionales.

Una evolución semejante se puede observar en el derecho español. El TS en la STS de 19 abril 1991, había declarado que debía admitirse la reclamación de la recurrente relativa a la inscripción sobre cambio de sexo en el Registro civil, aunque ello no debía suponer una equiparación absoluta con el sexo femenino, especialmente en lo relativo al derecho a contraer matrimonio. La reciente ley 3/2007, de 15 marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, aplicada ya en la STS de 17 septiembre 2007, no contiene ninguna regla relativa al matrimonio, por lo que debe considerarse en vigor la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 31 enero 2001, que estimó el recurso de un transexual para que se pudiera inscribir su matrimonio con una persona de sexo igual al que constaba primariamente inscrito para el transexual que pretendía casarse, y ello a pesar de las sentencias del Tribunal Supremo, a las que he hecho mención.

La Ley de 2005, que modificó el CC en lo relativo al derecho a contraer matrimonio,

vino a resolver uno de los problemas sociales actuales: el de permitirlo entre personas del mismo sexo. Esta opción del legislador español no es, sin embargo, aceptada unánimemente por el colectivo homosexual, puesto que para algunos autores, la cuestión no se centra en el matrimonio en sí mismo, sino en el reconocimiento del derecho a contraerlo; se señala que desde el mismo momento en que el matrimonio existe, ha sido discriminatorio puesto que sólo ha sido permitido para las parejas heterosexuales.

Las soluciones relacionadas con el matrimonio pueden fundarse en los derechos a la intimidad personal y familiar, reconocidos en el art. 8 del Convenio europeo de Derechos Humanos, que es más adaptable que el art. 12 y permite abordar no sólo problemas relativos a las relaciones íntimas entre personas adultas, sino también las relativas a la naturaleza de las relaciones paterno-filiales, sean o no matrimoniales los hijos a quienes afectan. En España, el artículo clave para la solución de estos problemas es el 10 CE, que ha sido utilizado por el Tribunal Supremo en sus sentencias sobre constancia registral del cambio de sexo por transexuales operados y también en la justificación de la ley 3/2007.

b) *El divorcio*. El nuevo concepto del matrimonio tiene también un aspecto importante en el derecho a no continuar casado o el ejercicio de la libertad de disolver el matrimonio que no cumple las funciones que buscaban quienes lo han contraído.

En la Constitución española sólo se reconoce directamente el derecho a contraer matrimonio (art. 32), pero no existe ninguna referencia directa al derecho a su disolución por medio del divorcio. Sin embargo, el propio art. 32.2 CE se refiere a las formas de disolución, exigiendo que se regulen por ley. Se ha dicho que la Constitución española recoge el principio del Convenio europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con el que el matrimonio aparece configurado como un derecho, no así el divorcio. Es cierto que el divorcio es un remedio que tiene su origen en la desaparición del consentimiento matrimonial, pero se justifica so-

bre los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 y 16 CE, así como el principio del libre desarrollo de la personalidad, del art. 10 CE, no en el de contraer matrimonio. Veámoslos por separado.

El primero es el derecho a *la libertad* establecido en el art. 17 CE; esta disposición debe completarse con el artículo 16 CE que garantiza “la libertad ideológica, religiosa y de culto” de las personas. El matrimonio no es una institución superior a sus miembros de modo que pueda imponerse incluso en el caso de que se produzcan situaciones insostenibles. La tutela del individuo no puede subordinarse a la de la familia creada con el matrimonio, porque el individuo es titular de derechos fundamentales como tal y no lo es la familia. El divorcio debe ser considerado como una forma de ejercicio del derecho a la libertad individual de los cónyuges. Así, por ejemplo, los autores italianos consideraron, con ocasión de la discusión de la constitucionalidad de la ley de divorcio de 1970, que no estaba justificado en modo alguno el sacrificio de la libertad de un cónyuge impuesto por la permanencia del vínculo matrimonial aun en casos de imposibilidad de convivencia (Bessone, 1995). El art. 14 CE establece la regla de *la igualdad*: “Todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por tanto, admitida la igualdad, el derecho a no permanecer casado debe incluir todos los matrimonios, omisión hecha de cuál haya sido la forma utilizada para contraer el que se pretende disolver, porque este derecho no se refiere en particular al divorcio, sino que constituye la extensión a esta institución de la protección a las minorías religiosas. Imponer a unos ciudadanos unas reglas que mantienen el matrimonio sobre la base del principio de la indisolubilidad sería absolutamente discriminatorio para aquellos otros ciudadanos que no participan de estas creencias y “menos todavía, utilizar el aparato coactivo del estado para que las consecuencias de estas creencias queden implantadas” (Montés, 1984). De aquí que el



divorcio se aplique a todos los matrimonios, porque otra cosa sería tanto como admitir una discriminación por razón de religión: el régimen matrimonial es único una vez contraído el matrimonio y por ello, la disolución por divorcio afecta por igual a todos los matrimonios.

El principio del libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10 CE, refuerza la base constitucional del divorcio. El art. 10 CE establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad [...] son fundamento del orden público y de la paz social”. Así, cuando desaparece el consentimiento que sostiene el matrimonio, el interés individual en la disolución prevalece sobre el interés de la pareja en el mantenimiento del matrimonio, porque éste ha dejado de tener razón. De acuerdo, por tanto, con el principio de libre desarrollo de la personalidad, lo que se garantiza constitucionalmente es que el interés legítimo de los individuos quede protegido frente a un inexistente interés del grupo. Ello ocurre con el del menor y con el de los individuos mayores de edad. Decir que la familia matrimonial debe ser protegida incluso contra los derechos fundamentales de sus miembros sería tanto como vulnerar el principio de libre desarrollo de la personalidad, que implica la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Estas soluciones se han tenido en cuenta en la exclusión de las causas del divorcio en la reforma de 2005. El derecho español ha optado claramente por el sistema de divorcio-ruptura, sin exigir prueba de la concurrencia de causa alguna. España ha implantado de forma absoluta el denominado *non-fault divorce*, en el que el procedimiento de divorcio va dirigido a constatar que ha cesado el consentimiento matrimonial necesario para mantenerlo, sin entrar a estudiar las causas que lo hayan provocado. Así, el sistema resulta escrupuloso en la protección del derecho a la intimidad de los cónyuges.

La actual regulación consecuencia de la ley 15/2005, de 8 de julio consagra, por una parte, la libertad de no continuar casado y para

ello, por otra parte, construye el sistema de divorcio más abierto de los contenidos en los países europeos, en tanto que no exige la alegación de una causa para que deba procederse a dictar sentencia de divorcio, a petición de uno solo de los cónyuges cuando han transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. Esta ausencia de causa consagra el concepto del divorcio como sistema para solucionar el *irretrievable breakdown* del matrimonio y se huye del divorcio sanción, que aún se mantenía en la causa 5ª del antiguo art. 86 CC. Aunque es cierto que se prevé una causa de divorcio cuando se ha producido un supuesto de violencia de género, ya que el art. 81.2 CC establece que “No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”, disposición confirmada por el art. 57 de la LO 1/2004, de 28 diciembre sobre *Medidas de protección integral contra la violencia de género*.

Una decisión legislativa de este tipo tiene dos consecuencias muy importantes en relación al matrimonio: i) se asemeja notablemente a los sistemas unilaterales de divorcio, cuyo único control es la audiencia judicial de la otra parte, hablando claro, al repudio; ciertamente, facilita la solución de la crisis matrimonial, pero también permite un ejercicio caprichoso del divorcio y del propio matrimonio, y ii) se asemeja notablemente también a la disolución de la pareja de hecho, ya que quienes la han regulado, es decir las Comunidades autónomas, siempre han incluido como causa de disolución la voluntad unilateral de uno de los miembros de la misma.

La conclusión es que entre dos derechos fundamentales, el matrimonio y la libertad, el más fuerte se impone, lógicamente, lo que no significa en ningún momento una crítica al sistema, sino que únicamente quiero poner de relieve que en un régimen basado en los derechos fundamentales, las habituales concepciones de

determinadas instituciones se difumina, como tendré ocasión de explicar en las conclusiones a este trabajo. Y si el derecho a contraer matrimonio ha de ser considerado como fundamental, la preeminencia de otro derecho, también fundamental, el de la libertad de continuar o no casado, produce dos consecuencias importantísimas: la primera, la imposibilidad de crear un matrimonio sin divorcio, porque ello sería contrario al derecho a la libertad; y la segunda, la consiguiente desinstitucionalización del propio matrimonio, que no debe olvidarse es él mismo un derecho fundamental, con independencia de que esté o no protegido con el recurso de amparo. Y ciertamente, los españoles ejercen este derecho con cada vez mayor frecuencia; las estadísticas de los asuntos presentados en los juzgados en 2005, última publicada, es significativa: 72.848 divorcios, de los cuales 48.590 fueron consensuados y 24.258 fueron sin consentimiento, frente a 211.818 matrimonios en 2006. Cada uno saque sus consecuencias.

2. *La regulación de las relaciones entre los casados.* Una serie de pinturas titulada *Marriage à la Mode*, del pintor inglés Hogarth, muestra la importancia de los pactos en los matrimonios celebrados en la Inglaterra en el siglo XVIII; el sistema matrimonial catalán ha sido tributario de estos documentos hasta finales del siglo XIX. Hattenhauer (1987), sin embargo, señala que si bien existía en Francia la tendencia a elegir consorte dentro del mismo estamento social para dotar al matrimonio de una “configuración social y económica que asegurara su estabilidad”, ello empieza a declinar cuando desaparece el patrimonio burgués por causa de la inflación y empieza a crecer la creencia de que el patrimonio no debe ser únicamente material; por ello señala este autor que “se tendió a proporcionar a las hijas una formación profesional en lugar de dotarlas”, acabándose por aceptar “el quebranto sufrido por el prototipo burgués de matrimonio so pretexto de nuevas circunstancias económicas”. Y ello lleva, obviamente, a la caída de los pactos matrimoniales. Una evolución de la familia hacia un concepto más abierto podría llevar a la conclusión de

que los pactos matrimoniales han dejado de ser el eje vertebrador de las relaciones familiares, lo cual es absolutamente falso, porque existen nuevas necesidades y nuevas situaciones que afrontar y solucionar y los pactos constituyen un remedio eficiente. Un artículo publicado electrónicamente en 2003 ha mostrado que de los 599 capítulos matrimoniales otorgados en Cataluña en 1999, se ha pasado a los 3.764 del año 2002, con un aumento del 600%. Los autores del trabajo consideran que el porcentaje de los matrimonios catalanes que otorgan capítulos es de 12’12%, es decir, prácticamente, uno de cada diez matrimonios ejerce el derecho a la autorregulación de sus intereses y las razones se encuentran, precisamente, en el cambio de los patrimonios familiares, además de otras razones. La autonomía de los cónyuges parece estar de moda.

Esta realidad nos lleva a examinar el significado de estos documentos en relación con la autonomía de la voluntad en la fijación del contenido de las relaciones familiares. Si hasta un determinado momento de la historia se ha considerado que era mejor no dejar a los interesados las decisiones sobre cuestiones que pueden calificarse como “sensibles” —por ejemplo, las relativas a los hijos— a partir del momento en que el estado del bienestar deviene de costos incontrolablemente caros, la tendencia va a ser la contraria. Así lo evidencia Dewar (2000), para quien entre las razones existentes para limitar la autonomía de los interesados, se encuentra su elevado costo, especialmente en lo relativo al mantenimiento de hijos y madres con ingresos insuficientes. Es cierto que la autonomía puede costar cara.

El fundamento de la autonomía familiar es sin duda el reconocimiento de los derechos fundamentales de los sujetos implicados. Dejando aparte las cuestiones relacionadas con los hijos, que no pueden dejarse a esta autonomía porque corremos el riesgo de encarecer aun más el sistema, las decisiones de los implicados deben basarse en los derechos que cada uno ostenta. Es por ello que el artículo 90 C.c. obliga al juez a denegar la aprobación del convenio que se le presente en las situaciones de

separación y divorcio por consentimiento mutuo cuando sea gravemente perjudicial para los hijos (también en el artículo 777. 6 LECiv). ¿Excluiría esta obligación el problema que pone de relieve Dewar? Efectivamente, Dewar (2000) señala que existe una relación importante entre el contenido de los acuerdos entre los cónyuges y las normas legales que deberían aplicarse en defecto de acuerdo; para este autor, los acuerdos entre cónyuges tratan de evitar la aplicación de estas normas y, como siempre, negocian *in the shadow of the law* (en una afortunada expresión consagrada en 1979 en un artículo publicado por Mnookin y Kornhauser en *The Yale Law Journal*, no se pueden conseguir resultados muy esperanzadores; por lo que animar a los cónyuges a este tipo de negociación, aduciendo una pretendida protección de la autonomía de la voluntad, puede provocar desigualdades, con el consiguiente perjuicio a las partes. Es lo que se acaba llamando *reprivatización de la familia* (Dewar, 2000), o lo que Garrido (1999) llamará “notarialización” de la vida familiar. No puede deducirse de lo anterior que esté aquí propugnando que no puede existir autonomía en las relaciones familiares. Esta sería una conclusión perversa: la mayoría de las veces, la protección necesaria que comporta la intervención judicial no impide el ejercicio de la autonomía, sino sólo pretende evitar la arbitrariedad. Por ello la autonomía o lo que se ha venido en llamar *libertad civil*, en el ámbito familiar afectará básicamente a los mayores de edad y en sus relaciones patrimoniales. La cuestión de la autonomía de la voluntad radica en el peligro que comporta la desigual participación de los cónyuges o de los convivientes en el desarrollo de la vida en común. Esta tensión existe siempre en la discusión acerca del papel de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares. Y resulta significativo que en las que implican la presencia de personas sin capacidad suficiente, como son los menores, está prácticamente excluida, ya que las funciones tuitivas son absolutamente necesarias en la regulación de la potestad de los padres o de la tutela. Y también por ello mismo tanto el Código civil (art. 1328 CC), como el Código catalán de Familia (art. 11

CF) ponen unos límites a esta libertad. Pero la tensión está siempre abierta, porque seguramente tiene poca razón de ser un sistema que limite la autonomía de la voluntad en la regulación del contenido de las relaciones íntimas. Eliminada en la determinación del contenido del matrimonio, aunque las razones no sean muy convincentes, queda reducida a las relaciones económicas y, salvo la protección de los derechos de los terceros, o la implicación en los de los menores de edad o incapaces o incluso, la necesidad de excluir pactos absurdos, como el caso contemplado en la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 12, de 6 abril 2006, que consideró que un pacto inespecífico por el que se establecía que el ex marido podría visitar al perro de la ex esposa “no implica derecho alguno susceptible de ser ejecutado”, por lo que “la aparente obligación es inexistente”, hay que partir siempre de la base de que las partes de los pactos matrimoniales son mayores de edad y tienen la misma capacidad de negociación. Por tanto, aceptado el sistema, lo que no resulta lógico es que se pongan límites a los pactos, porque ello no responde a ninguna razón. Sólo en los límites de los derechos fundamentales de cada uno de los intervinientes en el pacto pueden justificar determinadas restricciones. Porque, además, cuando se trata de proteger otros intereses ajenos a los de los cónyuges, ya la ley se ocupa de fijar la eficacia de tales pactos.

3. *Las relaciones paterno-filiales.* Desde antiguo, nuestra jurisprudencia ha atribuido a la patria potestad un sentido funcional (STS de 24 junio 1924), y ello tiene también su razón de ser en un esquema constitucional del derecho de familia, en el que debe repensarse esta institución como función que ejercen los padres, por mandato constitucional, para hacer efectiva la protección de los menores, sujetos pasivos de la patria potestad. El art. 39 CE, después de establecer el principio de la protección de la familia por parte de los poderes públicos, añade la regla de la protección de los hijos, “iguales éstos ante la ley con independencia de la filiación, [...]”. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Esta regla

aparece en función del párrafo tercero del mismo art. 39 CE, que establece que “Los padres han de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. De aquí resulta normal que la legislación posterior a la Constitución haya resaltado el contenido funcional de la patria potestad y haya excluido absolutamente el aspecto, tan anglosajón, de la potestad como derecho de los padres; de manera que el concepto que aparece recogido en el Convenio de 1989 relativo al interés del menor y repetido en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no tenga un contenido exclusivamente público, porque su implementación es compartida entre los propios poderes públicos y los particulares, titulares de la función de la potestad, que actuarán como agentes para la consecución de las finalidades sociales determinadas en el art. 39.3 CE, procurando la efectividad de los derechos del menor. Y esta obligación es independiente de la relación que mantengan los padres entre sí, según la norma contenida de forma clara en el ya citado art. 39.2 CE y confirmada, entre muchas otras, en la STC 7/1994 que, al justificar la necesidad de la prueba biológica en una investigación de la paternidad, afirmaba que la obligación del padre demandado se fundaba en “el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE)”. Es innegable que el sistema normal de protección de los menores e incapaces se encuentra fundado en las relaciones familiares, por lo que deben establecerse unas bases ciertas y uniformes que permitan determinar quiénes van a estar obligados a ejercer las funciones que comporta la potestad y a ello responden las reglas de la filiación, que ya no están basadas en el matrimonio, sino en otros criterios, quizá más inciertos, pero seguramente más correctos. La protección está atribuida a quienes la ley considera *padres* como consecuencia de la aplicación de las reglas que fijan la filiación. En los modernos ordenamientos jurídicos, pues, los principios que rigen la atribución de la filiación y, con ella, la potestad,

se fundan en la coincidencia entre la verdad biológica y la verdad formal; y, si bien, nuestra Constitución no toma parte de forma explícita por uno de los dos sistemas de atribución aludidos; la regla que facilita la investigación de la paternidad permite entender que el principio de la verdad biológica resulta acogido en el texto fundamental. La funcionalidad de la investigación de la paternidad respecto de la relación paterno-filial se deduce de lo que se establece en el artículo 39 CE que, después de imponer a los padres la obligación de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos, introduce la investigación de la paternidad, como así ha sido reconocido en diversas sentencias del Tribunal Constitucional a partir, sobre todo, de la 7/1994, que consideró preferente la protección del menor a la del derecho fundamental a la intimidad, alegado por el padre demandado, porque “la finalidad de la norma que permite las prácticas de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica”. Así, el principio de que la verdad biológica rige la determinación de la paternidad y no el derivado de la verdad formal que comporta la existencia o no de matrimonio de los padres.

Ahora bien, un nuevo concepto de investigación de la paternidad se ha presentado por el Tribunal Constitucional, a partir de las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a los arts. 133 y 136 CC; en estos dos casos el Tribunal Constitucional ha ampliado el campo de actuación de la regla relativa a la investigación, utilizándolo como argumento para reconocer la inconstitucionalidad de las disposiciones cuestionadas. La primera sentencia es la 138/2005, de 26 de mayo, relativa al art. 136.1 CC. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del precepto, si bien no su nulidad, y entre los argumentos aducidos se encuentra precisamente el de la investigación de la paternidad, de modo que

[a] articular el régimen jurídico de las relaciones de filiación el legislador no puede obviar la presencia de concretos valores constitucionalmente relevantes [...]. Y al mismo tiempo, debe posibilitar la investigación de

la paternidad (art. 39.2), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art 10.1), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona” (sub. mio).

Así, en el mandato constitucional de facilitar la investigación de la paternidad, se incluye también la impugnación de una paternidad meramente formal,

“[a]l cumplimiento del mandato de posibilitar la investigación de la paternidad responde la existencia misma de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del art 136 CC”.

De manera que no se respeta el derecho del acceso a la jurisdicción del padre que descubre que no lo es una vez han transcurrido los plazos establecidos por la ley para impugnar la paternidad derivada de la aplicación de la presunción que deriva del matrimonio con la madre y es por ello que el Tribunal Constitucional entienda que “[r]esulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art 10.1 CE) [...]” (asimismo, la STC 156/2005, de 9 junio).

Estos mismos argumentos han sido utilizados en la impugnación del art. 133 CC, que no reconoce la acción de los padres no matrimoniales para reclamar la filiación a falta de la correspondiente posesión de estado. La STC 273/2005, de 27 de octubre, que afirma que

“[a]unque no pueda hablarse de un derecho de los progenitores sobre los hijos como correlato de la existencia de los deberes que les impone el art 39.2 CE, sin embargo, la investigación de la paternidad no puede quedar reducida a un derecho del hijo, con exclusión de toda iniciativa por parte de los progenitores, pues también a estos alcanza un interés en el conocimiento de la verdad biológica” (Sub. mio).

Y si bien considera el Tribunal Constitucional como normal que se pondere en la legislación el interés del hijo,

“[e]n tal ponderación, en relación con el supuesto que ha dado origen a la presente cuestión, el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial”, de manera que “la opción del legislador cercena de raíz

al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, *impidiéndole así instar la investigación de la paternidad*” (ver también la STC 52/2006, de 16 de febrero).

De este modo, la constitucionalización del sistema de filiación y la extensión del propio concepto de investigación de la paternidad lleva por una parte a la ampliación del círculo de los iniciales legitimados y, por otra parte, a la clara superación de las presunciones derivadas del matrimonio, como hecho determinante para fijar la filiación. A ello hay que añadir que el porcentaje de nacimientos fuera del matrimonio se ha incrementado de forma dramática en los últimos años. Esta norma no hace más que ajustarse a una realidad creciente, ya que de acuerdo con las estadísticas publicadas por el INE, en 2005 el porcentaje de los hijos nacidos fuera del matrimonio era de 26,6%, habiendo aumentado casi un dos por ciento en solo un año.

## 4. CONCLUSIONES

La sociedad occidental sigue construyendo las relaciones familiares sobre el matrimonio. A pesar de su fragilidad, demostrada por el alto número de divorcios, y la impresión generalizada de que se trata de una institución “pasada de moda”, hasta ahora no se ha encontrado aún un modelo alternativo para la estructuración estable de relaciones familiares. Lo que no significa, en modo alguno, que sólo pueda existir *familia* dentro del matrimonio o de las relaciones de parentesco generadas por él. Sin embargo, si *la familia* goza de un alto prestigio social, el matrimonio se sitúa en el lado opuesto en las apreciaciones sociales.

La coexistencia de otros modelos culturales y el desplazamiento de los centros de atención en el derecho de familia lleva a lo que se ha denominado el *individualismo*, porque las prestaciones sociales no se acuerdan para un grupo, sino a personas en virtud de sus necesidades. Nos hallamos en una sociedad plural, porque formamos parte de una comunidad que pue-

de imponernos normas con valor imperativo y porque en esta misma comunidad coexisten diversos diseños familiares. Sin embargo, como he sugerido al principio, seguimos manteniendo un modelo familiar, la denominada familia nuclear fundada en el matrimonio, sobre la que se construyen todas las normas y que domina lo que algunos investigadores denominan “la ideología dominante”; de modo que otras formas de familia son miradas con desconfianza y producen automáticamente, el conocido discurso acerca de la crisis de la familia. Martha Fineman (1995) afirma que esta ideología dominante sirve para “domesticar” las nuevas vías de concebir las familias, reduciendo el impacto y el efecto de las ideas radicales, con la objeción añadida que esta tradicional ideología se transmite no tanto a través de las leyes o de las decisiones judiciales, sino a través de la propia política familiar, el sistema educativo, los medios de comunicación, etc. Algunos tipos de familias, como ocurre con las formadas por personas del mismo sexo, serán miradas con desconfianza por una parte de la sociedad, porque no responden al estereotipo de familia mayoritariamente transmitido.

A este nivel, querría introducir un elemento que se pone de relieve en las modernas tesis sobre derecho de familia: la idea sobre la que se denomina *familia negociada*, que coincide esencialmente con lo que desde la sociología se denomina *familia democrática*. Voy a detenerme brevemente en esta idea; en 1998, Flaquer indicaba que “la familia se está convirtiendo en una pequeña sociedad democrática en la que el dominio ancestral del varón está dando paso a una comunidad de iguales”; esta idea aparece también en otros autores, como Giddens (1998) cuando, frente a la familia tradicional, propugna una nueva basada en la democracia, lo que implica “igualdad, respeto mutuo, autonomía, toma de decisiones mediante la comunicación y ausencia de violencia” y así McGlynn (2006) señala que la familia moderna *ideal* se caracteriza por la igualdad y la democracia, los papeles de cada uno están negociados y las relaciones continúan sólo mientras los individuos que la forman sienten que

tienen algo a ganar con ello. Si ello es así, las normas jurídicas deberían estar concebidas no tanto en orden a fijar las formas por medio de las que se accede a constituir un grupo familiar, sino en orden a determinar cuáles son los papeles de cada uno de los miembros del grupo; algo así se ha conseguido ya en las reglas relativas a la determinación de la filiación, que hacen caso omiso de la existencia de una forma, matrimonial o no, en la concepción del hijo y que se fijan esencialmente en los efectos que el nacimiento va a producir. Pero además, es difícil encontrar la diferencia de roles entre las familias que se constituyen matrimonialmente y las que se deciden por una convivencia de hecho: socialmente no hay diferencias y sí sólo jurídicamente, de manera que en la coexistencia de formas diversas no hay cambios reales en relación con la familia. Debemos, por tanto, atrevernos a señalar cuáles van a ser las ventajas de la utilización de una forma legalmente aceptada. Para ello debo hablar sólo desde el punto de vista jurídico.

Como ya afirmé en 1999, la única finalidad de la intervención de los poderes públicos en el control familiar es asegurar el respeto y la eficiencia de los derechos fundamentales de los miembros del grupo. Es probable que para conseguir esta finalidad sea necesaria la determinación de una base estable que determine los derechos y los deberes de los distintos componentes del grupo familiar y ello es posible conseguirlo fácilmente con las relaciones paterno-filiales, que parten de un hecho físico, mientras que resulta más difícil en las relaciones entre convivientes, ya que este tipo de tratos quedan reducidos a la esfera más íntima de las personas y por ello es necesario un elemento externo, que ha sido tradicionalmente el matrimonio, con las distintas concepciones y funciones que ha venido cumpliendo. Aunque no es indispensable.

Entre los derechos fundamentales que deben ser protegidos se encuentra la libertad de los miembros del grupo y ello se traduce en dos consecuencias importantes en el derecho de familia: la protección de las decisiones sobre las relaciones entre los componentes del gru-

po, con el reconocimiento de los acuerdos tomados en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad y la protección de la decisión de no continuar formando parte del grupo, es decir, de divorciarse si se trata de una unión matrimonial. Y ello con los únicos límites del respeto a los derechos fundamentales de los sujetos implicados. Esta delgada línea es la única que legitima a los poderes públicos a intervenir. Pero ello implica también que quien debe prestar la protección pueda legítimamente exigir la concurrencia de una forma para acordar determinadas prestaciones, las que no tienen que ver con un estado social básico, lo que legitima que sea constitucional negarse a reconocer determinadas pensiones a quienes no han contraído matrimonio. Sin embargo, este mínimo no puede olvidar que las sociedades actuales se enfrentan a un pluralismo, mucho más presente en Europa dada su estructura; Rawls (1987) sugería que nos encontrábamos ante un consenso “coincidente”, en el sentido de que nos permite entender cómo un régimen constitucional caracterizado por el hecho del pluralismo puede, a pesar de sus profundas

divisiones internas, obtener estabilidad y unidad social a través de un concepto razonable de la justicia; es un mecanismo para promover la libertad y la democracia, al mismo tiempo que se respetan las diferencias culturales, morales y políticas. Europa en este momento es una sociedad plural, en la que las cuestiones relacionadas con la regulación familiar sólo tienen dos opciones: o llegar a un acuerdo sobre la unificación de las instituciones, cosa siempre difícil, o bien, respetar las decisiones de los países miembros sobre la base del innegociable acatamiento de los derechos fundamentales.

Y si trasladamos este concepto de pluralismo a la familia, deberemos coincidir con Bainham (2000) en que esta misma idea rechaza la jerarquía de las formas familiares, así como la de los roles familiares. Por tanto estamos en un contexto en que las relaciones familiares siguen siendo un punto central en la organización social, superada la idea de la negativa del marxismo a la familia, pero que la pluralidad de la sociedad nos obliga a estructurar estas respuestas en torno a formas abiertas fundadas en el contrato.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

Este artículo carece de notas, por ser esa la norma de la Revista. Es obvio, sin embargo, que es tributario de lecturas continuadas de algunos clásicos en derecho y sociología de la familia, que no voy a repetir aquí, porque algunos están ya citados en mi libro *Familia y cambio social. De la “casa” a la persona*, publicado en 1999 y aludido también en este trabajo. A él me remito para mayor información del lector interesado en esta bibliografía que no ha dejado de tener actualidad, aunque ya venga referida a algunos años atrás.

Además, en este artículo se han utilizado dos grupos de obras, a las que ahora me referiré brevemente: las referidas a *sociología de la familia* y las puramente *jurídicas*, además de algunas filosóficas.

Entre las relativas a la *sociología de la familia* se encuentran las publicadas por el profesor Lluís Flaquer y más concretamente, *La estrella menguante del padre*, publica en Barcelona en 1999 y el trabajo “Familia y políticas públicas”, publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad autónoma de Madrid, bajo el título *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad*, dirigido por Antonio M. Morales y José M. Miquel en 2007, p. 229. También existen algunas referencias a otro libro del propio autor, *El destino de la familia*, Barcelona, 1998. Existen referencias en la conclusión a una obra resumen de otras ideas anteriormente expuestas por su autor en trabajos diversos; me refiero a la obra de Anthony Giddens, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, traducida por Pedro Cifuentes y publicada por Editorial Taurus en 1999, aunque la obra fue publicada en su versión original inglesa en 1998. Aunque no se trata de un sociólogo, debo hacer una referencia asimismo al libro *Matrimonio, familia y economía*, del economista Francisco Cabrillo, publicado en 1996.

Algunas de las obras que se citan en el texto se encuentran a medio camino entre las obras jurídicas y las sociológicas. Así ocurre con los textos de Bainham, “Family Rights in the New Millenium”, *Current Legal Problems*, 2000, n.º 53, p. 471 y Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, Londres 1995.

Los textos jurídicos extranjeros incluyen clásicos como la obra de John Eekelaar, *Family Law and Social Policy*, cuya segunda edición publicada en Londres en 1984 resulta un clásico de cita obligada en la concepción funcional de la familia y es el punto de partida de una escuela de gran prestigio e influencia en el mundo anglosajón. No menos prestigiosa es

la obra de la profesora de Harvard, Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law and Family in the United States and Western Europe*, publicada en Chicago en 1989. También debe tenerse en cuenta la obra de Clare McGlynn, *Families and the European Union*, publicada en Cambridge en 2006, un excelente estudio de la cuestión a la vista de las resoluciones de los Tribunales europeos, así como el trabajo de John Dewar, "Family Law ant its discontents". *International Journal of Law, Policy and the Family*.2000, 14, p. 59. Además del artículo de Pierre Catala "La metamorphose du Droit de la Famille" en *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent un avenir*. Université Panteón-Assas (Paris II)- Dalloz, Paris, 2004, p. 341.

Es evidente que quien esto escribe conoce los grandes tratados de Derecho de familia españoles, pero la naturaleza de este trabajo ha hecho que deba alejarme de ellos; se cita, sin embargo el comentario del artículo 45 del Código civil, a cargo de Salvador Coderch en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, publicados en 1984 por Editorial Tecnos.

Hay que tener también en cuenta la obra de Luís M<sup>a</sup> Díez Picazo Jiménez, *Sistema de Derechos fundamentales*, cuya segunda edición ha sido publicada por Thomson-Civitas en 2006 y que es básica para el estudio de los derechos fundamentales en nuestro país, así como el trabajo de Gema Díez Picazo Jiménez en comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona titulado "Convenios reguladores y animales domésticos", publicado en *La Ley*, número 6645, del 6 de febrero de 2007. Por último, y aunque no se hayan citado todos los trabajos que allí se publican, se ha utilizado la obra colectiva contenida en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, que es la publicación más reciente en España sobre derecho de familia. La obra de Garrido Melero, *Derecho de familia*, Marcial Pons, Barcelona, 1999 y el trabajo colectivo de Lamarca, Artigot, Azagra y Farnós, "Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo sujeto a cambio?". *Indret*. Working paper de Dret català nº 7, 2003.

Debo referirme a continuación, a dos obras a caballo entre la filosofía y el derecho. La primera es la del conocido filósofo inglés John Rawls, "The idea of Overlapping Consensus", publicada en el *Oxford Journal of Legal Studies*, nº 7, 1987, p. 1, y el libro de Pedro Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Editorial Comares, Granada, 2001.

Finalmente, la obra reciente de Gerardo Meil, "Actitudes y uso social de las uniones de hecho en España", publicado en el mencionado Anuario, p. 95.

## NOTAS

1. Aunque este artículo no tiene notas, esta sentencia merece una cierta explicación. Se trataba de una petición de pensión de viudedad por parte de una mujer que no había contraído matrimonio por razones ideológicas, al profesar su compañero una ideología anarquista, que ella compartía y que los hacía contrarios al vínculo matrimonial. El Tribunal Constitucional afirmó que, aunque esta decisión debía ser respetada, "no suple el incumplimiento objetivo de un requisito legítimamente impuesto por el legislador, el cual, aunque podría conceder pensiones de viudedad en favor de quienes hubieran formado parejas de hecho y convivido *more uxorio*, no lo ha considerado oportuno por el momento y ello, como tanto hemos repetido, no se ha considerado inconstitucional".

2. Por las mismas razones que en la anterior cita, la STC 69/2007 niega la pensión de viudedad a una mujer de etnia gitana que había contraído matrimonio según su propio rito; en este caso se alegaba la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por motivos de raza y condición social. La STC 69/2007 no acepta estas alegaciones porque "la exigencia legal de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad y la interpretación efectuada en la resolución judicial impugnada de que sólo cabe apreciar dicho presupuesto en relación con las formas reconocidas de acceder al matrimonio y no respecto de otras formas de convivencia, incluyendo las uniones conforme a los usos y costumbre gitanos, en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino, [...] una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales no en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, no toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos y costumbre de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ellas una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana".

Fecha de recepción de originales: 30 de septiembre de 2007

Fecha de aceptación de originales: 25 de octubre de 2007





## RESUMEN

El panorama actual de las familias nos trasmite la idea de que estamos ante una realidad jurídica inacabada o, para ser más exactos, no cerrada, en la medida que está siendo desbordada por comportamientos y hechos no previstos por el legislador que reclaman su reconocimiento en el plano jurídico. Sus causas son: el impulso de los derechos fundamentales, esencialmente la igualdad, en su doble dimensión de igualdad formal y sustancial, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad. También los cambios de comportamientos de las mujeres, la importancia de la voluntad en la maternidad y paternidad, la mayor autonomía del menor de edad, la intensificación del círculo *parental* a los abuelos y otros familiares y allegados, y los vínculos afectivos que surgen en las familias complejas. Igualmente, se han de tener en cuenta acontecimientos como los avances científicos, la internacionalización de las relaciones de familia y la multiculturalidad de las sociedades contemporáneas.

## PALABRAS CLAVE

FAMILIAS. DERECHOS FUNDAMENTALES. IGUALDAD. LIBERTAD. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. MATRIMONIO. PAREJAS DE HECHO. MATRIMONIO DE HOMOSEXUALES. MUJERES. FEMINISMO. MATERNIDAD, PATERNIDAD. PATRIA POTESTAD. MULTICULTURALISMO.

## ABSTRACT

The current situation of families suggests an unfinished legal reality or, in other words, an still opened scenario, as it is being overwhelmed by facts and behaviours which have not been forecasted by legislator and claim for legal recognition. Reasons for that are the boost of fundamental rights, basically equality in both its formal and substantial dimensions, freedom and free development of personality. We should also mention of the changes in the women roles, the importance of maternity and paternity wills, the minors greater autonomy, a intensified parental circle extended to grandparents and other close relatives, and affective links emerged in complex families. Other circumstances should also be considered such as the scientific progress, the internationalisation of family relationships and the multicultural aspect of the contemporary societies.

## KEY WORDS

FAMILIES. FUNDAMENTAL RIGHTS. EQUALITY. FREEDOM. FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY. MARRIAGE. CIVIL UNIONS. SAME-SEX COUPLES. WOMEN. FEMINISM. MATERNITY. PATERNITY. PARENTAL RESPONSIBILITY. MULTICULTURALISM.

# REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA

María Rosario Valpuesta Fernández

Catedrática de Derecho Civil  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Sumario: 1. Una explicación. 2. El impulso de los derechos fundamentales. A) Consideraciones generales. B) La igualdad. a) La igualdad formal. b) El alcance de la igualdad sustancial. c) La igualdad de las familias. C) La libertad y el libre desarrollo de la personalidad. a) La libertad en las relaciones familiares. b) La libertad en las relaciones de pareja. c) El libre desarrollo de la personalidad. 3. La protección de las familias por los poderes públicos. A) La protección jurídica de las familias: las parejas de hecho. B) Las políticas públicas de protección a las familias. 4. El comportamiento de las mujeres. 5. Otra forma de entender la maternidad y la paternidad. A) La constitución de la relación paternofamiliar. B) La libre investigación de la paternidad y el derecho a conocer el origen biológico. C) El ejercicio de la patria potestad. 6. Dedicación a la familia: los abuelos, los familiares y allegados. A) Los abuelos y otros familiares. B) Las relaciones de las familias recompuestas o complejas. 7. La internacionalización de las relaciones familiares y la multiculturalidad. A) La internacionalización de las relaciones familiares. B) La multiculturalidad de las familias.

## 1. UNA EXPLICACIÓN

Cuando tratamos de la familia, o más bien de las familias, nos situamos ante un fenómeno social que se mueve a impulsos de comportamientos individuales y colectivos en una dinámica de cambio cuyas causas y desenvolvimiento escapan a los juristas, pues son más específicas de otras ramas del conocimiento; pero no cabe duda que es el Ordenamiento el que en última instancia tiene que elaborar las respuestas. Por ello, el estudio sobre el Derecho de familia ha de tener en cuenta la realidad social a la que se dirige pero también y, sobre todo, ha de centrarse en su virtualidad para generar soluciones a los problemas y situaciones que se le pueden plantear, partiendo de los principios y valores que lo informan. Una reflexión sobre el Derecho de familia actual nos lleva casi inexorablemente a preguntarnos también sobre su futuro, habida cuenta del proceso de transformación en el que están inmersas las relaciones familiares; un proceso que siempre ha existido, pero que

en estos tiempos de cambios acelerados se nos antoja aun más acentuado. En efecto, el panorama actual de las familias nos trasmite la idea de que estamos ante una realidad jurídica inacabada o, para ser más exactos, no cerrada, en la medida que está siendo desbordada por comportamientos y hechos no previstos por el legislador que reclaman su reconocimiento en el plano jurídico.

Ahora bien, no se pretende en este trabajo adivinar el futuro en lo que concierne a las familias, ni tampoco diseñar qué tipo de relaciones serán las que se consoliden en un plazo más o menos lejano. Se intenta, por el contrario, algo más modesto: identificar las posibles líneas de evolución, las claves que pueden marcar su desenvolvimiento, o los retos que se han de superar, partiendo de la realidad actual, la que ha de analizarse en toda su complejidad, en el convencimiento, como nos ha enseñado la historia, de que esta realidad actual es el resultado de un proceso evolutivo que ha abocado a lo que hoy identificamos como familias y

que marcará su desarrollo en adelante; un proceso que en ningún caso es lineal, pues acusa las contradicciones en las que se desenvuelve toda sociedad, la diversidad que la caracteriza y la multiplicidad de causas y fenómenos que la impulsan. Y en este punto los cambios que se avecinan o los que podemos intuir puede ser que ya se estén germinado al interior de las familias y en el conjunto de la sociedad pues, con independencia de que avatares o acontecimientos imprevistos den un giro inesperado en la evolución social, parece cierto que se puede avizorar por dónde pueden ir las cosas a partir del momento actual, aunque debemos actuar con la cautela que nos indica Caplow., (2000: 389): “Todas las imágenes del futuro son inciertas, pero las imágenes que se derivan de las ciencias sociales son más vulnerables que las que se derivan de las ciencias físicas, puesto que los sujetos de predicciones sociológicas frecuentemente toman medidas para invalidarlas.”

En este trabajo se reparará, como no puede ser de otra forma, en los distintos modelos familiares vigentes, ya que su diversidad constituye, sin duda, la novedad más significativa del Derecho de familia actual; pero también se identificarán los cambios de comportamientos que se producen en su seno, pues precisamente son éstos los que han transformado la familia que conocíamos y los que han propiciado los nuevos tipos de relación. Con ello se quiere deshacer una práctica muy extendida de identificar los modelos familiares casi exclusivamente por su estructura y composición, sin tener en cuenta que la situación jurídica y las conductas de las personas que la integran impregnan de un significado y un sentido a las relaciones familiares, el que no se puede apreciar desde el apriorismo de categorías dadas. Así, identificar la familia nuclear burguesa que se consolida normativamente tras la entrada en vigor de los Códigos, con la que actualmente tiene su origen en el matrimonio heterosexual, porque ambas se integran por los cónyuges y los hijos menores, es desconocer que aquella resultó ser un elemento de una estructura social caracterizada por la desigualdad intrínseca

de las mujeres y los hombres, y de éstos entre sí, dominada por la supremacía de un sujeto de derechos que se identificaba con el hombre burgués que ejercía su hegemonía en las relaciones sociales y económicas así como en la política, y también en la familia, a través de la cual se aseguraba la reproducción social del modelo; de ahí que esta familia burguesa se organizara interiormente bajo los principios de desigualdad y sometimiento, incompatibles con la igualdad y la libertad que ahora informan la familia matrimonial. Precisamente ha sido la transformación del matrimonio, debido al cambio de la situación jurídica de los cónyuges y a la influencia de los comportamientos que lo acompañan, lo que ha permitido que se regule la posibilidad de que puedan contraerlo las personas homosexuales, sin que deba considerarse que se vulnera la Constitución, un acontecimiento que se ha debido al hecho de que hayamos perdido el rastro de aquella institución que regularon los viejos Códigos.

## 2. EL IMPULSO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### A) CONSIDERACIONES GENERALES

El impulso de los derechos fundamentales ha sido, sin duda, de enorme importancia para los cambios que se han operado en el Derecho de familia unido, claro está, a los cambios en los comportamientos individuales y a una mayor tolerancia social hacia los mismos. Un impulso que se ha producido en toda la Europa democrática —la evolución en Rusia y en los llamados países del Este tiene otros fundamentos y connotaciones que no podemos reproducir— con independencia de que sus Constituciones contuvieran disposiciones referidas a la familia, o contaran con garantías específicas que asegurasen su eficacia, y que ha dado un giro copernicano en la concepción que se tenía de la familia que, de ser una “entidad”, cuerpo moral o realidad natural de la que se predicaba unos fines e intereses propios que se imponían

a los de sus miembros, pasó a ser un ámbito de relación presidido por el respeto de los derechos fundamentales de las personas que la integran.

Y así la labor desarrollada por la jurisprudencia constitucional, caso de los países que cuentan con esta garantía como Alemania e Italia entre otros, las modificaciones normativas aprobadas por unos Parlamentos más sensibles con las demandas sociales y, especialmente, con las reivindicaciones de los movimientos feministas, así como la evolución de la doctrina hacia una concepción de la familia más acorde con los principios democráticos, han sido determinantes para que una institución, que se organizaba conforme a los principios de desigualdad y sometimiento, derivara en un tipo de relaciones presididas por la igualdad y la libertad, además de otros derechos; y han venido a ser concluyentes también para el reconocimiento de la pluralidad de modelos familiares más acordes con la diversidad que caracteriza a las sociedades contemporáneas. Cuando España contó con una Constitución, siguió la estela de los demás países europeos, en un tiempo en el que se habían superado los principales obstáculos y definido las soluciones más emblemáticas, por lo que se benefició de la experiencia comparada que facilitó, sin duda, la adaptación del régimen familiar a las exigencias del Estado Democrático en un periodo relativamente corto aunque no podemos considerarlo culminado.

Y en efecto, la transformación del Derecho de familia exigió un proceso, no exento de dificultades, que se extendió durante la segunda mitad del siglo XX, en el que los derechos fundamentales fueron mostrando sus distintos semblantes hasta configurar el rostro del Derecho de familia actual. En este recorrido se produce una evolución en la aplicación de dichos derechos, propiciada sin duda por las nuevas situaciones que van surgiendo en el devenir social y por las demandas de los diferentes colectivos, pero también por una renovación del pensamiento que ha ido aportando nuevas miradas al contenido de los derechos fundamentales, con lo que se ha ido ampliando su

ámbito de eficacia. No es éste el momento de reproducir esa experiencia jurídica, que desborda los objetivos del trabajo, pero sí de dejar constancia de esta evolución.

Si se observa el camino recorrido con una cierta perspectiva, se podría entender que las posibilidades que nos brindan estos derechos para provocar modificaciones legales se han agotado; que no cabe extraer de los mismos otras consecuencias que las que ya se han puesto de manifiesto, habida cuenta de que en algunos países, como el nuestro, se ha reconocido a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio, lo que supone, quizás, el cambio más trascendental que se ha producido en esta institución y en todo el Derecho de familia, y que nos puede hacer pensar que las novedades en este ámbito han tocado techo. Así, el tratamiento de otras realidades que a partir de ahora se puedan producir ha de hacerse con criterios de oportunidad política, sin que estén envueltos necesariamente los derechos fundamentales de las personas; pero parece que ello no sea así, pues no se puede aventurar que en el futuro se planteen otras reivindicaciones en cuya solución se involucren los reiterados derechos. Y algo más que no podemos ignorar: la potencialidad de tales derechos para desarrollar líneas de interpretación no consideradas inicialmente, o aportar soluciones que en su momento no se estimaron. De ahí que se pueda apreciar una evolución en la aplicación de los derechos fundamentales impulsada, como hemos dicho, por las transformaciones sociales, pero también por los cambios de mentalidades o por el avance en las técnicas de aplicación. Una evolución que no podemos considerar agotada, sino al contrario, muy viva en el tiempo presente. Y en efecto, los derechos fundamentales resultan ser la plasmación normativa de unos valores que se insertan en los principios que informan el Estado Democrático y Social, unos valores cuya capacidad de renovación y adaptación al tiempo histórico brinda a aquellos unas posibilidades de desarrollo que pueden llegar, incluso, a una mutación constitucional en su manifestación más radical. Como nos dice Häberle (2000: *passim*): La Constitución no

es solo una obra normativa, sino la expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación cultural del pueblo, un espejo de su patrimonio cultural y de los fundamentos de su esperanza, palabras éstas que reflejan su pensamiento sobre la Constitución desde una perspectiva científico-cultural. Más en concreto, Peces Barba (1999: 384) insiste en la capacidad de apertura a su entorno de los derechos fundamentales, cuya adaptación se opera de manera directa con la intervención del legislador y de los tribunales, e indirectamente por influencia de la doctrina.

Y en todo esto se debe tener en cuenta, igualmente, el impulso de los derechos consagrados en los Tratados Internacionales, que constituyen parámetros de interpretación de las normas constitucionales en esta materia (art. 10.2 CE), como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás Convenios impulsados por NNUU; aunque también son fuentes normativas de soluciones, lo que ocurre con el Convenio Europeo de Derechos Humanos cuyo art. 10, sobre derecho al respeto de la vida familiar, y el art. 12, referido al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, han propiciado importantes resoluciones. En esta línea, también se han de tener presentes las sentencias dictadas por TJCE, con pronunciamientos sobre la familia.

Son muchos los derechos fundamentales que están implicados en las relaciones de familia, cuya interpretación se debe impregnar de los valores que representan y de los principios en los que se inspiran; en estas páginas, por razones de espacio, se reparará en dos de ellos, la igualdad y la libertad, con referencia al libre desarrollo de la personalidad, por ser los que más han influido en la transformación del Derecho de familia, y los que sin duda marcarán su futuro.

## B) LA IGUALDAD

### a) La igualdad formal

La aplicación del principio de igualdad ha sido clave para la evolución de la familia. Nos

referimos, más en concreto, a la igualdad de los cónyuges y a la de los hijos con independencia de su filiación. Muchas han sido las reformas legislativas que se han llevado a cabo a fin de hacer realidad esta exigencia fundamental. En nuestro país, tras la entrada en vigor de la Constitución, se aprobaron diferentes leyes para adaptar la normativa reguladora de la familia a las exigencias del principio de igualdad, aunque todavía quedan vestigios de discriminación por razón de sexo en la elección del apellido de los hijos, que otorga una preferencia al padre para su determinación, a pesar de la reforma introducida por la L. 40/1999, de 5 de noviembre, que solo se explica por la influencia que aún tiene el principio de unidad de la familia en torno al *pater*; una situación que ha sido superada en muchos países de nuestro entorno y que requiere de una reforma del Derecho positivo (Serrano Fernández, 2001:pp. 732 ss.). Ello nos confirma la idea anteriormente expuesta respecto de los derechos fundamentales y que ahora se comprueba con el principio de igualdad, que aún no han desplegado toda su virtualidad transformadora de la realidad jurídica existente, y que en España tiene otra asignatura pendiente con la utilización de los términos de patria potestad para referirse a las funciones que han de desempeñar el padre y la madre sobre sus hijos menores; unos términos que han desaparecido del panorama legislativo comparado y que aún quedan en nuestro Derecho como una reliquia de una situación que ya tendría que haberse superado por una expresión que refleje la titularidad de ambos padres (*autorité parentale* en Francia, *potestà dei genitori* en Italia).

### b) El alcance de la igualdad sustancial

La igualdad entre los hombres y las mujeres adquiere otra dimensión cuando se traspasa la declaración formal de la misma y se repara en la igualdad sustancial de ambos. Y ello ocurre cuando se toma conciencia de la discriminación real en la que se encuentran aquéllas en muchas esferas de la vida social, y también en la familia, a pesar de las reformas legislativas

que han extendido la igualdad formal a todo el Ordenamiento, con las carencias antes expuestas. Ante esta realidad y la reflexión que provoca, se produce un nuevo impulso en la aplicación del reiterado principio de igualdad, cuyo objetivo es conseguir que sea realmente efectivo. Con este planteamiento nos colocamos en el plano de la igualdad sustancial, exigencia del Estado Democrático y Social, que obliga a los poderes públicos, como dice el art. 9 CE, a promover las condiciones y remover los obstáculos que impiden o dificultan la libertad y la igualdad efectiva. De la lectura de tal norma y de la aplicación que se ha hecho pudiera parecer que nos referimos a medidas y acciones que tienen más que ver con políticas públicas de promoción de las mujeres que con el Derecho de familia; y esta impresión se acentúa aun más si pensamos en las acciones positivas que se han convertido en pieza emblemática de la aplicación de este artículo, más por la perplejidad que aún causa a algunos juristas que por su utilización real. Sin embargo, no se puede afirmar que la exigencia de la igualdad sustancial de mujeres y hombres sea ajena a las relaciones que se dan en el seno de la familia, por muy variadas razones.

En primer lugar, porque la preocupación por la igualdad sustancial ha provocado que aflore al debate político la discriminación de las mujeres en algunos ámbitos en los que antes no se había planteado la necesidad de regularlos, en el convencimiento de que la declaración formal de igualdad de los cónyuges era suficiente para transformarlos, aunque el tiempo ha demostrado su ineficacia. Nos referimos, por ejemplo, a las responsabilidades domésticas y al cuidado de la familia, que las estadísticas demuestran que recaen casi en exclusiva en las mujeres: una situación, sin duda, de discriminación real, que además supone una rémora para la incorporación de éstas a la actividad laboral y profesional y su promoción, con lo que en última instancia se les está limitando el ejercicio de sus derechos. En ella repara la reforma del CC por Ley 15/2005, de 8 de julio, para añadir al texto del art. 68, referido a los derechos y obligaciones de los

cónyuges: “Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.” No se puede negar que esta disposición tiene un alto valor simbólico, y algo de eso hay, pues la eficacia de los derechos y obligaciones que se derivan del matrimonio está muy debilitada desde el momento que su incumplimiento no tiene consecuencias jurídicas, por ejemplo, para solicitar el divorcio, como ocurre tras la última reforma operada en esta figura por la Ley antes mencionada. Sin embargo no se puede minimizar la trascendencia de esta nueva disposición hasta el punto de hacerla inoperante. De entrada, supone un cambio en la filosofía con la que hasta ahora se había abordado la dedicación de las mujeres al hogar, una cuestión de gran trascendencia que ha sido objeto de debate y pronunciamientos jurisprudenciales en Derecho comparado, y que no podemos abordar en este momento. Un cambio de filosofía, afirmamos, porque las disposiciones del Código en esta materia tendían a compensar económicamente una situación que no se cuestiona: la dedicación preferente o en exclusiva de muchas mujeres a la familia (arts. 97, 103.3, 1438 CC). La nueva disposición pretende, por el contrario, erradicar esta conducta, al implicar a ambos cónyuges en las responsabilidades domésticas y el cuidado de las personas aludidas, y lo hace apelando a la igualdad formal de ambos, que debe regir también en este espacio de relación, aunque el objetivo parece claro: la igualdad sustancial de las mujeres. Y para ello erige como criterio para medir la igualdad el reparto de las funciones familiares, de tal manera que una distribución desequilibrada de las mismas, que no responda a un acuerdo de los cónyuges, supone una vulneración del principio de igualdad que produce un daño indemnizable de forma autónoma, independiente de las compensaciones económicas a las que hemos hecho referencia (López de la Cruz, 2007: pp. 42 ss.). Así pues, el derecho a la igualdad forma parte del patrimonio moral de las personas, como expresión de su dignidad, y debe ser respetado en todas las esferas de relación, incluida la familia, aplicable

igualmente a la educación y formación de las hijas respecto a los hijos, en el sentido de que una disparidad de tratamiento no justificado por causas objetivas, lesiona el derecho a la igualdad de aquéllas, activando tal comportamiento de los padres la intervención judicial al amparo del art. 158.4 CC, pudiendo acordar, en su caso, la pérdida de la misma (art. 170 CC), o la suspensión mediante la declaración de desamparo por la Autoridad Administrativa competente (art. 172 CC).

La idea antes desarrollada también ha impulsado otras reformas legislativas que, si bien no son específicas del Derecho de familia, no se les puede negar su incidencia en el conjunto de relaciones que aquél regula. Esta renovada filosofía sobre las responsabilidades de los padres y las madres o de los miembros de la pareja está presente en las disposiciones que regulan la conciliación de la vida laboral, personal y familiar —la última versión se debe a la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, cuyas DAs. reforman las correspondientes normativas— que reconoce tanto a los hombres como a las mujeres los derechos para la atención y cuidado de los hijos y personas dependientes, incluso en circunstancias que nos podrían llevar a la convicción de que sólo afectan a las madres, como la lactancia, permitiendo al padre que pueda hacer uso de los derechos correspondientes cuando la alimentación no sea por leche materna, o compartir el permiso de maternidad. Una Ley que profundiza en la idea expuesta con el permiso que concede a los padres tras el nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo, simultáneamente al que tiene la madre, por un plazo aún limitado; una decisión que con el tiempo se pretende equiparar en su extensión al permiso de maternidad. Se supera así la vieja idea de que la maternidad incumbe exclusivamente a las mujeres, y se involucra a los padres en la atención y cuidado de los hijos desde su nacimiento o adopción, también desde el acogimiento, facilitando así que desde el principio se creen lazos afectivos más intensos y se asuman de manera más efectiva las responsabilidades que con ellos se tiene. Disposiciones

como éstas están llamadas a impulsar cambios de comportamientos de los miembros de la pareja, y de las madres y los padres, que tendrán, sin duda, reflejo en las relaciones familiares. A tal fin debemos tener presente las resoluciones que se están dictando acerca de la guarda de los hijos tras la crisis matrimonial, que en un alto porcentaje se atribuye aún a las madres, con la contestación cada vez más acusada de muchos padres; parece claro que las razones que justifican la preferencia por las madres tenderá a diluirse cuando aquellos demuestren las mismas condiciones y disposición a asumir la custodia y guarda de sus hijos, con lo que el conflicto entre padres y madres se acentuará, y lo que parece más importante, las razones para optar por uno u otro serán muy similares, sin que el recurso al interés de los hijos, que debe ser el predominante, pueda aportar una solución en todos los casos. Entonces, resplandecerá sin matices el derecho a la igualdad de trato de los padres. En este nuevo escenario parece que la guarda compartida, o soluciones similares, contemplada en la reciente reforma del Código (art. 92) adquiere un mayor protagonismo del que ahora tiene, dada las críticas que ha suscitado esta medida. También afectará al cumplimiento del deber de alimentos con los hijos, y a la pensión compensatoria que tenderá a diluirse en supuestos en los que las mujeres, aligeradas de las cargas familiares, puedan acceder con más facilidad al mercado de trabajo y promocionarse, adquiriendo con ello mayor independencia económica y autonomía personal, aspecto éste de la relación de pareja que abordaremos más adelante.

Hasta ahora hemos reseñado manifestaciones del principio de igualdad de hombres y mujeres en las relaciones de familia que se desenvuelven en el plano de la igualdad formal, en la medida que sus previsiones afectan en los mismos términos a los dos sexos; si bien, como hemos dicho, estén motivadas por exigencias de la igualdad sustancial. Sin embargo, puede ser que la consecución de esta igualdad requiera de otro tipo de intervención legislativa, en la que se prevean acciones referidas más específicamente a las mujeres, entre las que es-



tán las acciones positivas; medidas éstas, como es sabido, admitidas por la jurisprudencia constitucional con determinados requisitos, y consagrada legislativamente en la L.O 3/2007 citada en su art. 11. Generalmente éstas se han adoptado para propiciar la participación de las mujeres en espacios de relación en los que aún no han conseguido una presencia efectiva a pesar de su preparación y aptitud. Sin embargo, hay otros supuestos que debemos reseñar pues afectan a las familias; nos referimos a la L.O 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que ha llevado al centro del debate, y del conocimiento del Tribunal Constitucional, el distinto tratamiento que se les dispensa a las mujeres y hombres. Así, se incluye dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incrementa la sanción penal cuando la agresión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (arts. 148.1 y 153 CP); también se castigan como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas (arts. 171, 172 y 620 CP). La justificación de estas medidas hay que buscarla, sin duda, en la extensión de esta práctica, con cifras alarmantes, que revela una patología que afecta a las familias españolas. Su fundamento último está en la percepción de que las relaciones de pareja reflejan en demasiados supuestos una distinta posición de hombres y mujeres, en términos de dependencia y subordinación de estas últimas, que permiten identificarlas como un colectivo vulnerable en clara situación de desventaja. No se trata, pues, de que una mujer sea víctima de malos tratos o, incluso, de homicidio o asesinato, sino que el colectivo de mujeres está siendo objeto de manera más sistemática de unos comportamientos que no se repiten con la misma extensión e intensidad en otros, y esto responde a la pervivencia de la ideología de la desigualdad muy extendida aún en las relaciones de pareja.

Para ser precisos, y en una estricta interpretación de la noción de familia, muchos de estos

episodios se cometen por hombres que ya han roto los vínculos con las mujeres, sean éstos afectivos o jurídicos; pero no se puede negar que estos comportamientos y las consecuencias que generan trascienden a las relaciones de pareja y las que se tienen con los hijos; baste únicamente reseñar la posibilidad de suspender la patria potestad del inculpado (art. 65), y el régimen de visitas (art. 66), o el cambio de apellidos de la víctima (art. 58 LRC), sin contar con la competencia que se otorga en materia civil familiar a los Juzgados de Violencia sobre las Mujeres, que pueden generar una jurisprudencia diferente a la de los Tribunales civiles; de ahí que debamos considerar que estas disposiciones tienen un indudable reflejo en las familias.

Las exigencias de la igualdad sustancial impulsará en el futuro reformas legislativas que sin duda afectarán también a las relaciones de familia, sobre todo en lo que concierne al comportamiento de las mujeres, que veremos más adelante.

### c) La igualdad de las familias

La igualdad también se ha hecho valer en el Derecho de familia como argumento para reclamar el reconocimiento jurídico de otras realidades. Más en concreto, se ha recurrido a este derecho para fundamentar las reclamaciones de los convivientes *more uxorio* para que se le apliquen los efectos del matrimonio. En una conocida jurisprudencia del TC, surgida inicialmente al hilo de la reclamación de la pensión de viudedad por una persona que había convivido con el afiliado a la SS, se ha afirmado que el matrimonio y las parejas de hecho son realidades diferentes (STC 222/1992, de 11 de diciembre); decisión que cambia, incomprensiblemente, cuando lo que se pide es el mismo tratamiento en la subrogación arrendataria, pues en este último caso llegó a declarar inconstitucional el antiguo art. 58 de la ya derogada LAU, por conceder este derecho, entre otros beneficiarios, exclusivamente al cónyuge con exclusión implícita de la pareja de hecho (STC 47/1993, de 18 de febrero). Ya he tenido

ocasión de manifestar mi opinión al respecto: el principio de igualdad en el tema que nos ocupa tiene una aplicación diferente según hagamos referencia al estatuto matrimonial, es decir, el que regula las relaciones internas de la pareja imponiendo derechos y obligaciones, o al beneficio de los derechos sociales pues; si bien en el primer caso se está ante realidades diferentes, en el segundo, por el contrario, no se puede afirmar lo mismo. Los derechos sociales atienden a necesidades que se plantean en determinadas circunstancias, y éstas las puede tener tanto el matrimonio como la pareja de hecho, sin que el estatuto jurídico de uno y otro tenga relevancia suficiente para desvirtuar o anular la similitud o identidad de presupuestos para el ejercicio de tales derechos; vulneran, pues, el principio de igualdad aquellas disposiciones que, no siendo *stricto sensu* de Derecho de familia, tienen a ésta como destinatarias de beneficios y prestaciones típicas del Estado social, (Valpuesta Fernández, 2006: p. 2435). Y esta es la línea que han seguido las Leyes autonómicas que regulan la convivencia *more uxorio*, que han dispuesto un régimen jurídico específico, diferente del matrimonio, para la relación de pareja, al mismo tiempo que las ha igualado a este último en lo que respecta al beneficio de los demás derechos. El TS, que ha tenido ocasión de conocer las reclamaciones de los miembros de las parejas de hecho sometidos a la disciplina del Derecho común que, como se sabe, carece de regulación al efecto, no ha llegado a equiparar plenamente a uno y a otro, aunque ha aplicado algunas disposiciones del matrimonio a tales parejas, cuando ha entendido que los problemas eran similares, con fundamento en un principio general, que ha identificado, y que trae directamente de la Constitución, de protección de este tipo de convivencia. Y es en este plano, el de la protección de los poderes públicos a las familias, en el que se debe abordar el reconocimiento jurídico de esta realidad social, y no en el de la igualdad. A ello haremos referencia más adelante.

Muy distinto es el caso de los homosexuales que reclaman un estatuto matrimonial, pues

la realidad de la que parten, convivencia con pretensión de ser un matrimonio, no difiere de este último, como ocurre con las parejas de hecho en las que la opción implícita o explícita es otra. La cuestión que se nos plantea en este supuesto es la de indagar si la heterosexualidad del matrimonio forma parte de su contenido esencial y, ligado a ello, si este requisito tiene la suficiente trascendencia constitucional para justificar un distinto tratamiento a las parejas homosexuales. Con argumentos que no puedo reproducir, por razones de espacio, he manifestado mi opinión: se puede legítimamente entender que la última transformación del matrimonio es la pérdida de la exigencia de la heterosexualidad, y que en todo caso esa nota no integra su contenido esencial y, por consiguiente, no está en el núcleo básico de la figura que se preserva mediante la garantía institucional. Por ello, idear o defender una regulación de las parejas de homosexuales que quieren formalizar un proyecto de vida semejante al conyugal, diferente a la disciplina matrimonial, encontraría la dificultad real de identificar esa diferencia, como no fuera la de dar una menor protección a los intereses de los homosexuales, difícilmente justificable en el plano constitucional (Valpuesta Fernández, 2006: p. 2441).

## C) LA LIBERTAD Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

### a) La libertad en las relaciones familiares

La libertad es una exigencia evidente de la Constitución. Sin embargo, su aplicación al Derecho de familia no ha sido tan relevante como la del principio de igualdad. Una explicación la podemos encontrar en el hecho de que las normas constitucionales hacen mención específica a la igualdad tanto en el matrimonio como respecto de los hijos, lo que ha obligado a remover todas las disposiciones que lo vulneran, y no suelen contener, por el contrario, una referencia expresa a la libertad; aunque se debe tener en cuenta que la libertad

está muy ligada a la igualdad, sobre todo en la relación conyugal, pues el principal obstáculo para que las mujeres pudieran actuar con autonomía estaba en el sometimiento a la autoridad del marido: conseguida la igualdad se alcanzaba también la libertad. Sin entrar ahora en la dialéctica igualdad —libertad que tantos debates ha suscitado, no se puede negar que esta última tiene un campo propio de actuación en las relaciones familiares; incluso se podría decir que se ha convertido en la impulsora de los comportamientos que se están desarrollando en estos ámbitos de relación: libertad para constituir una relación de familia, libertad en su desenvolvimiento y libertad en su extinción, con importantes límites, como veremos, en lo que respecta a las relaciones paternofiliales. A estas últimas haremos referencia más adelante.

## **b) La libertad en las relaciones de pareja**

Es la persona y su autonomía la indudable protagonista del sistema de valores del Estado Democrático; la libertad es pues una exigencia básica para el funcionamiento de la sociedad, y también de las familias. Su aplicación a las relaciones de pareja, esencialmente al matrimonio como figura emblemática de este tipo de relación, ha tenido una evolución parecida a la que hemos reseñado para la igualdad, en el sentido de que sus posibilidades se han ido perfilando a lo largo de los años, al hilo de comportamientos nuevos o de reclamaciones que han ido surgiendo, pero también impulsada por un pensamiento que ha avanzado hacia mayores cotas de libertad personal en el tema que nos ocupa, cuya aplicación ha sido posible por una técnica jurídica más depurada. Muchas son las reformas que se han producido en el Derecho de familia motivadas por las exigencias de la libertad, que han tenido como objeto la regulación de la edad para contraer matrimonio, en el entendimiento de que aquella solo se puede ejercer desde la madurez personal, los impedimentos para contraerlo o los vicios del consentimiento. También, la libertad ha impulsado interpretaciones nuevas de

los tradicionales derechos y obligaciones de los cónyuges, siendo especialmente incisivas en lo que respecta a los comportamientos sexuales, anulando el débito conyugal por una nueva concepción de la autonomía de los cónyuges en lo concerniente a las relaciones sexuales, la utilización de anticonceptivos o la decisión de abortar; una autonomía que se les ha reconocido más específicamente a las mujeres por ser éstas las más afectadas por este tipo de decisiones. La libertad también ha estado presente en la interpretación del deber de convivencia, que se ajusta más a las exigencias y necesidades de unos cónyuges con proyectos profesionales y laborales propios que pueden ser divergentes, y se muestra más respetuosa con la autonomía personal. Se acentúa pues el individualismo en las relaciones de pareja a la que hay que reconocer capacidad de decisión para organizar internamente la convivencia con el límite del respeto a cada uno. La regulación de estos derechos y obligaciones tenderán en el futuro a acentuar la protección de los derechos fundamentales de los cónyuges más que a definir su contenido.

Es el divorcio, sin duda, el que más ha acusado la influencia del pensamiento de la libertad que influirá en su desenvolvimiento futuro. No nos referimos en este caso a España, que con la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado un paso importante, sino a la situación de muchos países de nuestro entorno que aún conservan vestigios del llamado divorcio-remedio, incluso del divorcio-sanción. En efecto, la libertad personal de los cónyuges tiene mucho que ver con las disposiciones que rigen la crisis matrimonial, siendo así que las regulaciones más respetuosas con este derecho son aquellas, como las que contienen nuestro CC tras la reforma, que requieren únicamente la decisión de disolver el matrimonio sin necesidad de otra causa que lo justifique. Por el contrario, el divorcio-remedio se asienta en la idea de que la relación conyugal debe ser mantenida, y solo su quiebra efectiva justifica la disolución, con lo que se impone un límite a la libre decisión de los cónyuges, que consiste en preservar un modelo de relación, aun en

contra de su derecho a decidir, mientras que el divorcio al que hacemos referencia pone en el centro de la solución la libertad personal sin ambages. Y esta libertad de decidir que facilita el divorcio también debe tener su reflejo en la regulación de sus consecuencias, pues éstas no pueden ser tan gravosas que limiten la autonomía de decisión y el desenvolvimiento futuro de las personas tras la crisis, sobre todo en lo que respecta a la constitución de nuevas relaciones de parejas, que se pueden ver *hipotecadas* por unas excesivas responsabilidades patrimoniales. El carácter temporal de la pensión compensatoria (art. 97 CC) así como la posibilidad de aligerar la protección de la vivienda familiar son soluciones que se están arbitrando en este sentido. Con ello hacemos referencia a la doctrina del *Clean Break*, que consiste en reglar de una sola vez y de manera definitiva todas las cuestiones financieras entre los esposos divorciados. Pero aun más, se debe potenciar la libertad de los cónyuges para pactar las consecuencias de la crisis (art. 90 CC) e, incluso, en convenios prenupciales. En este ámbito, se ha de señalar la vitalidad que esta adquiriendo la Mediación Familiar como fórmula de resolución de conflictos, en la que los esposos pueden llegar a una composición de sus intereses sin intervención judicial, una solución impulsada por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2004 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuya regulación en nuestro país está en tramitación parlamentaria. Precisamente, la *Self-determination* de los cónyuges tras la crisis y la Mediación se han convertido en punta de lanza de iniciativas para la armonización del Derecho de familia en la UE, que se aborda desde una perspectiva modernizadora de esta disciplina jurídica, iniciativa de *The Commission on European Family Law*, CEFL, fundada el 1 de septiembre de 2001 para la elaboración de los Principios de Derecho de Familia Europeo (Miquel Martín-Casals y Jordi Ribot (eds.) 2006: passim).

### c) El libre desarrollo de la personalidad

El libre desarrollo de la personalidad se ha convertido de un tiempo a esta parte en el impulsor de muchas de las transformaciones que se han operado en el Derecho de familia. A ella hace referencia el art. 10.1 CE y se ha visto como el fundamento más acertado para legitimar constitucionalmente muchas de las reivindicaciones que se han planteado a los poderes públicos, sobre todo aquellas que tienen que ver con la libertad de comportamientos ligados a la opción sexual o afectiva, o con las decisiones sobre la paternidad o maternidad.

Centrándonos en algunos de estos supuestos, han sido sin duda los colectivos de homosexuales y de transexuales los que más activamente han enarbolado la bandera del libre desarrollo de la personalidad para argumentar el reconocimiento de sus derechos, entre los que están la posibilidad de constituir una familia y, más concreto, la de contraer matrimonio. Las respuestas ya las sabemos: la Ley 13/2005, de 1 de julio, reconoce a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio, equiparando esta unión en todos sus efectos al matrimonio de heterosexuales, y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral del sexo de las personas, que viene a confirmar en el plano normativo un derecho que ya les había sido reconocido a los transexuales, con una importante novedad: la no exigencia de la intervención quirúrgica de reasignación del sexo. La posibilidad de contraer matrimonio ya estaba también asentada en nuestro Derecho a través de una línea jurisprudencial que vino a confirmar la RDGRN de 31 de enero de 2001. En estos supuestos no nos enfrentamos ante situaciones recientes o comportamientos novedosos, pues son tan antiguos como la humanidad, sino ante un cambio de mentalidad más respetuosa con las opciones individuales y dispuesta a aceptar la diversidad social; un cambio de mentalidad que ha trascendido a los valores que informan los derechos fundamentales, siendo así que éstos muestran su permeabilidad a los concepciones éticas y morales vigentes al tiempo en el que tienen que

aplicarse. Y no cabe duda que nuevos comportamientos o aptitudes encontrarán en este derecho el fundamento constitucional para su reconocimiento.

### 3. LA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS POR LOS PODERES PÚBLICOS

#### A) LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS FAMILIAS: LAS PAREJAS DE HECHO

El art. 39 de nuestro Texto Fundamental en su párrafo primero afirma: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

La protección de familia implica, de entrada, que ésta se pone bajo salvaguarda de los poderes públicos, que deben asegurar su permanencia en la realidad social y en el orden jurídico, atendiendo a sus necesidades. Y en este punto, como tiene señalado el TC, la protección no se circunscribe a una familia en concreto, ni siquiera la Constitución tiene una noción específica de la misma, dado que ésta se conforma en la realidad social (STC 45/1989, de 20 de febrero). Debemos entender, pues, que su ámbito de aplicación se extiende a los distintos modelos vigentes en cada momento.

Una de las formas de protección es dotar de un régimen jurídico a las diferentes realidades familiares, que regule las relaciones entre sus miembros, sus derechos y obligaciones, los requisitos de constitución y extinción. En principio, el contenido y alcance de dicha protección depende de la voluntad de quien tiene la responsabilidad de gobernar, pues, como es bien sabido, el art. 39 CE carece de eficacia directa y no puede fundamentar una pretensión ante los tribunales para exigir su cumplimiento (art. 53.3 CE), aunque ello no puede significar en ningún caso que se niegue toda virtualidad a la mencionada norma (STC 45/1989, de 20 de febrero). Ahora bien, dicho esto, no podemos olvidar que su aplicación está mediatiza-

da en este punto por el juego de los derechos fundamentales. En efecto, frente a la idea de que no existe un derecho constitucionalmente reconocido a exigir el reconocimiento jurídico de una realidad familiar —salvo el caso del matrimonio—, se debe afirmar que en el desenvolvimiento de las familias interfieren otros derechos y principios constitucionales, como el principio de igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por poner algunos ejemplos, que activan la protección que el art. 39 CE les dispensa. Todos ellos llevan a que la eficacia inicialmente prevista en la Carta Magna para el precepto mencionado adquiera una dimensión diferente, hasta el punto de que se pueda exigir una protección jurídica por los que se consideran afectados por la impasibilidad del legislador, y así lo ha entendido nuestro TS que ha inducido un principio general de protección de este modelo de familia del que extraer soluciones a los problemas que se le han planteado (STS de 17 de enero de 2003). En efecto, resulta difícil entender la ausencia de regulación de las parejas de hecho que se rigen por el tradicionalmente llamado Derecho común frente a los denominados Derechos civiles propios, que cuentan con una normativa al respecto. Y es que la asunción por el Derecho de esta realidad social no ha sido fácil desde que emergiera al debate público en los años ochenta del siglo pasado. La experiencia en Europa nos viene a demostrar la perplejidad primero y las reticencias después de parte de los juristas, y también de los políticos, para dar cobertura legal a una situación que, habiendo surgido al margen del Derecho, reclama su reconocimiento y protección, más acusadas en aquellos países en los que existe un mayor control estatal de la constitución, vicisitudes y extinción de las familias, como en España. Y en efecto, la regularización de la convivencia *more uxorio* supone sin duda una carga de profundidad al matrimonio, pues siendo éste el modelo por excelencia de la relación de pareja, en el que se ha proyectado, como hemos expuesto, los principios del Estado democrático y laico, resulta ahora sorteado por una relación análoga; y el núcleo del problema está no tanto en que se rebajan los derechos y obligaciones

de los convivientes respecto del matrimonio, sino en que se pierde el control de la “entrada” y de la “salida” de esta situación. Las parejas de hecho nos enfrentan además a una cuestión de fondo, la intervención del Estado en las relaciones personales que pueden ser fundantes de una realidad que es percibida socialmente como familia, imponiendo unas consecuencias jurídicas, incluso, a los que no la quieren.

Pero la realidad impenitente ha terminado por imponerse, y en la actualidad constituye una de las familias jurídicas en la mayoría de los países y también en el nuestro, a pesar de la ausencia de la normativa anteriormente reseñada, entre otras razones porque esta relación es reconocida en otros ámbitos normativos no estrictamente de Derecho de familia.

No cabe duda que otro tipo de relaciones que puedan surgir en la realidad social y que merezcan la consideración de familia harán el mismo recorrido al amparo del art. 39.1 CE, con los límites, claro está, que marca el respeto a los derechos fundamentales y a los valores imperantes. Y en ello pueden tener mucho que ver las políticas públicas de protección de las familias, que abordamos a continuación.

## B) LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTECCIÓN A LAS FAMILIAS

La protección de las familias mediante políticas públicas para la atención de sus necesidades responde a las exigencias del Estado Social; no en vano fue la Constitución de Weimar la primera que recogió disposiciones al respecto. Las Constituciones del Estado Democrático y Social tienen su razón de ser en la igualdad sustancial de los individuos como presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales, pues se entiende que no es posible la realización efectiva de las libertades democráticas si las personas no tienen resueltas sus necesidades vitales, si en la realidad de los hechos no cuentan con los medios necesarios para atender su sustento y pervivencia. Ello coloca la relación del Estado con los ciudadanos en un escenario muy diferente a aquél en el que se había desvirtuado el modelo liberal, pues se le impone a los

poderes públicos la obligación de intervenir en el orden social a fin de corregir, o al menos mitigar, las situaciones de desigualdad que genera el sistema económico capitalista, asumiendo, incluso, la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los mismos las prestaciones y servicios adecuados para subvenir a dichas necesidades vitales. Esta última dimensión del Estado social se ha cristalizado en la constitucionalización de un conjunto de derechos que han merecido la calificación de sociales, y que tienen que ver con el disfrute de unos bienes que se consideran esenciales, como la salud, la educación o la vivienda, entre otros.

En este ámbito de protección constitucional entra la familia, no como una organización intermedia entre el Estado y el individuo que deba ser objeto de un tratamiento diferenciado como si de un “cuerpo independiente” se tratara, sino como un espacio de relación o como organización social en la que sus miembros ponen de manifiesto sus intereses, aspiraciones o carencias vitales (art. 9 CE). Y en efecto, las políticas públicas tienen que tener como destinatarios a las personas, premisa ineludible del Estado Democrático, lo que no impide que las prestaciones se orienten a los grupos en los que se integran; pero este hecho no puede ser tan determinante de dichas políticas que anule lo individual en beneficio de lo colectivo, comportamiento típico del Estado autoritario.

Dicho esto, las medidas que se arbitren para la protección de las familias pueden ser muy variadas y, sobre todo, pueden obedecer a planteamientos muy diferentes en relación al fenómeno familiar. No estamos pues ante un tema inocuo, sino al contrario, ante una cuestión de gran trascendencia para la conformación de los modelos familiares, pues de la orientación que tengan las políticas de protección dependerán en gran medida los comportamientos individuales en relación a las familias. Así, en un Estado Democrático estas políticas deben tener en cuenta la diversidad de modelos familiares y ser respetuosa con la libertad individual de sus miembros, pues han de estar dirigidas a la satisfacción de sus necesidades y no a elaboración de estrategias generales en las

que se involucran a las familias para la consecución de unos objetivos que las sobrepasan, caso por ejemplo de algunas políticas natalistas implantadas en Europa.

Son muchos los aspectos que se pueden abordar desde los poderes públicos, como la maternidad, la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, el acceso a la vivienda, las prestaciones sanitarias, los servicios de atención a los niños o personas mayores o discapacitadas, aspectos éstos que se pueden tratar con medidas y acciones muy diversas, imposibles de exponer en este trabajo; si acaso, señalar de nuevo la trascendencia que éstas tienen para el devenir de las familias y para el ejercicio de la libertad personal de sus miembros. Pongamos el caso, por ejemplo, de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, que excluye de su ámbito de aplicación a las parejas de hecho (art. 2.3); con tal solución se puede inducir a contraer matrimonio a fin de obtener los beneficios que se contemplan en la norma, en perjuicio de la libertad de decisión de sus miembros; lo mismo ocurre con la denegación sistemática de la pensión de viudedad, salvo algún caso con argumentos que no empañan lo aquí afirmado. O el RD Legislativo 3/2004, por el que se aprueba el T.R. de la Ley de Impuestos de Personas Físicas, que en su art. 83 permite a las madres trabajadoras con hijos menores de tres años la deducción en el IRPF de 1.200 euros (art. 83.1 TR), identificando la maternidad con la mujer; lo mismo ocurre con el Proyecto de Ley por el que se establece la deducción por nacimiento y adopción en el impuesto sobre la renta de las personas físicas y la prestación de pago único por nacimiento y adopción de la S.S (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 7 de septiembre 2007, nº 145-1), cuyo art. 2 refleja esta preferencia por la madre, siendo así que las necesidades que intenta cubrir son las del hijo cuya responsabilidad corresponde también al padre. Esta opción va en contra de la tendencia actual de involucrar a aquél en el cuidado de los hijos, más respetuosa con el principio de igualdad, pues solo en defecto de la madre o cuando ostenten en

exclusiva la función de guarda y custodia podrá deducir dicha cantidad o beneficiarse de la prestación única. Pero esta solución plantea otros problemas que han surgido en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, provocados por la admisión de una enmienda que aumenta la cantidad inicialmente prevista a determinados colectivos de mujeres, entre las que se encuentran las madres solteras, es decir, las no casadas, pudiendo ser que éstas hayan asumido una maternidad en solitario, pero también simplemente que no estén unidas en matrimonio al padre de su hijo con el que conviven formando una pareja de hecho. Con esta modificación renace un término, el de madre soltera, de una carga histórica de ilegitimidad de la concepción, que se hace recaer sobre la madre. La identificación de la maternidad con las mujeres impide pues que aflore la pareja de hecho como un tipo de familia que se asimila al matrimonio, pero que en este caso puede resultar beneficiada con una mayor prestación.

Pero lo más llamativo de la reforma está en que se pretende una finalidad distinta: atender de manera preferente a los responsables de familias monoparentales, a las que no se identifica como destinatarias de esta medida específica. Y en efecto, estas familias, cuyos perfiles son más sociales que jurídicos en la medida que engloban un conjunto de situaciones que tienen distintas respuestas en el plano normativo, son más vulnerables socialmente, como demuestran los estudios que sobre las mismas se han realizado, que ponen de relieve su feminización y empobrecimiento —de ahí que se le identifique con las mujeres solteras— aunque incluyen también a aquellas cuyo responsable es un hombre. No obstante, se debe señalar como novedad que en la última disposición se contempla la adopción por una pareja homosexual, disponiendo en tal caso que el beneficiario será el que acuerden los dos, criterio que se debería haber seguido en el supuesto anterior.

En todo caso, las medidas de protección a las familias son muy limitadas en España comparadas con las que han desarrollado en los demás países de la UE, siendo así que muy

recientemente han sido objeto de un debate público más extenso, aunque las competencias en esta materia las tienen las CCAA que son las que más las han desarrollado.

Pero las familias son a su vez prestadoras de asistencia a sus miembros, que se acentúa con los más débiles; cumplen pues una función de cohesión social. Estamos en un sistema mixto de atención a los ciudadanos en el que participan las familias y el Estado. Y aun más, el Estado Social para sobrevivir necesita que la familia cuide del núcleo básico de las necesidades de las personas, pues sólo contando con esta dedicación puede asumir políticas sociales, con lo que las prestaciones de los poderes públicos se suman a las de la familia, que es previa e imprescindible en muchos aspectos.

Por último y en este asunto hay que indicar, las familias se han revelado como la solución más adecuada para la protección de determinados colectivos, esencialmente los niños que se encuentran en situación de desamparo, frente a otro tipo de opciones, como pudiera ser su ingreso en centros residenciales atendidos por profesionales, pues se piensa que su desarrollo en un ámbito familiar contribuye mejor a su equilibrio emocional. Lo anterior se puede apreciar en el diseño de las políticas dirigidas a la protección de estas niñas y niños, en las que existe una preferencia por ubicarlos en una familia o, al menos, en un *ambiente familiar*. Esta política se plasma en la opción por el acogimiento familiar, que se ha extendido como la mejor medida para atender a estos menores; a través del cual se intenta que los niños en situaciones difíciles puedan desarrollarse en un ámbito lo más parecido a una familia. Pero también está presente esta filosofía en el recurso a la adopción, que se integra dentro de las medidas de protección de los menores, y se regula desde la perspectiva de los intereses de los niños y las niñas. En un plano muy diferente, pero con la finalidad de arbitrar medios de protección en el seno de las familias, se desenvuelve la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, aunque no todos los supuestos que regulan se identifican con familias; pero

a nadie escapa que ésta es la referencia para garantizar a dichas personas una cierta seguridad económica en el futuro. Esta solución, de recurrir a la familia o, más bien, de crear un ambiente familiar, se ha arbitrado para otros colectivos, como ha ocurrido en el Derecho catalán con el acogimiento de los mayores (Ley 11/2001, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores).

Desde esta perspectiva, la evolución de las familias así como de los comportamientos en relación a las mismas estarán muy condicionados por las decisiones políticas que en este sentido se tomen, pues un excesivo protagonismo de aquéllas en la atención de las necesidades a sus miembros puede provocar una cierta rigidez de sus relaciones, propiciadas, sin duda, por la necesidad de contar con la ayuda que en su seno se presta, en perjuicio de la libertad de decisión que debe marcar la constitución de estas relaciones, siempre contando con las limitaciones que impone el Ordenamiento para la defensa de determinados intereses que se consideren prioritarios, entre los que están los de los menores de edad. No es ésta la filosofía que inspira la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y la Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que otorga el derecho a recibir el conjunto de prestaciones a las personas que se encuentran en la situación descrita en la Ley, y solo cuenta con el “entorno familiar” excepcionalmente (art. 18.1 de la Ley), pues la atención y cuidado se canaliza a través de los servicios públicos.

El diseño de las políticas sociales así como la finalidad implícita o explícita de las mismas estarán muy presentes en otros aspectos de las relaciones de familia que abordaremos a continuación, y a ellas haremos referencia.

#### 4. EL COMPORTAMIENTO DE LAS MUJERES

Como hemos avanzado, las transformaciones en las familias han sido inducidas, en la ma-



yoría de los casos, por los comportamientos de las personas al interior de las mismas, siendo así que son estos los que han conformado en gran medida el verdadero rostro de las familias que conocemos. Y, sin duda, han sido las mujeres con sus actitudes y conductas las que han protagonizado los cambios más significativos.

No es este el momento de exponer todas las demandas que desde hace dos siglos han planteado los colectivos feministas en relación a la familia, pero sí al menos deben mencionarse las más significativas. De sus reivindicaciones podemos entresacar las relacionadas con la igualdad: de ellas con los hombres y las de los hijos entre sí, porque les afectaba sobremanera la discriminación que también se cernía sobre las madres solteras; e igualmente, las que se derivaban de la libertad, reivindicando su autonomía como personas, así como el divorcio, que ha sido una exigencia constante de los movimientos de mujeres, o el reconocimiento de la homosexualidad; fueron también estos movimientos los que abrieron el espacio de lo privado a la intervención pública en defensa de los intereses de los miembros más débiles de la familia, y los que contribuyeron a desmascarar la artificialidad del sujeto abstracto cuya construcción acusaba la masculinidad del patrón en el que se reflejaba; hasta tal punto que no se puede entender ni explicar la historia de las familias sin tener en cuenta las movilizaciones de los colectivos de mujeres y la elaboración del pensamiento feminista. A partir de estos hechos, las cosas han sido distintas para ellas y para los demás grupos que exigen el reconocimiento de su identidad. Y seguirán siendo diferentes porque su posición en la realidad familiar dista mucho de haber alcanzado la igualdad sustancial. Y en efecto, las transformaciones más recientes y las que se puedan operar en el futuro tienen sin duda mucho que ver con el proceso de emancipación de las mujeres, que las ha llevado a su incorporación a la actividad laboral o profesional, así como a su participación en la cultura, la economía, la sociedad y la política, y cuya plena incorporación a estos espacios en igualdad con los hombres requerirá de otro tipo de disposiciones.

Más allá de las reformas legislativas, se puede constatar que el desempeño por las mujeres de una actividad profesional o laboral ha supuesto que tengan un mayor grado de autonomía patrimonial, que se refleja, por ejemplo, en la elección del régimen económico matrimonial, en la que se aprecia una tendencia a optar por los que responden al principio de separación patrimonial; un cambio más perceptible en aquellos matrimonios que se rigen por el CC, en el que el de gananciales ocupa un lugar preferente (art. 1316 CC). Y en efecto, los regímenes tipo comunidad respondieron en su momento a la necesidad de protegerlas, pues la gran mayoría no contaba con recursos propios al estar dedicadas al cuidado de la familia, una situación que se ha invertido en los últimos años, y que permite pensar que en el futuro estos regímenes económicos ocuparán un lugar menor en las relaciones entre los cónyuges, como ya ocurre en los Derechos civiles autonómicos. También, la autonomía patrimonial de las mujeres y las mayores posibilidades para acceder a la actividad laboral inciden en las consecuencias de la crisis de la pareja: en la pensión compensatoria o en el uso de la vivienda familiar e incluso en la atribución de la guarda y custodia de los hijos, que justifican una filosofía diferente en la regulación de sus efectos, a la que ya hemos hecho referencia.

Sin embargo, este mayor protagonismo de las mujeres en las esferas públicas no ha generado todos los cambios necesarios para que su situación en la familia se pueda considerar equiparada a la de los hombres. En efecto, los dos ámbitos de relación, el público, en el que se desenvuelven las actividades laborales, económicas, políticas o culturales, y el privado, referido a las familias, que se concibieron incompatibles porque sus protagonistas eran diferentes, mantienen casi la misma posición uno respecto del otro, a pesar de que las mujeres, protagonistas indiscutibles de este último, han acrecentado de manera notable su presencia, como hemos dicho, en las esferas públicas. Una contradicción que se ha resuelto en la mayoría de los casos con la imposición a aquéllas de una doble tarea cuando no la renuncia a

constituir una familia. Una doble tarea que implica acumular la actividad que se desempeña en la familia y la que se ha asumido fuera, y que ha tenido importantes consecuencias en las relaciones familiares, entre las que cabe resaltar matrimonios tardíos, maternidades a edad más avanzada, menor número de hijos y, también, opciones más libres en relación con la pareja y con los hijos así como otros tipos de comportamientos que se han cristalizado en la maternidad en solitario. Y en este punto no podemos dejar de considerar que el retraso en la decisión de ser madre, propiciado en muchos casos por sus aspiraciones laborales o profesionales, es la causa de que el índice de infertilidad haya subido y que, como consecuencia de ello, se opte por otras vías de acceso a la maternidad, como las que permiten las técnicas de reproducción asistida o la adopción, que trataremos más adelante.

Todo ello pone de manifiesto la necesidad de reordenar una dialéctica de relación que se diseñó sin tener en cuenta su posible colisión. Las políticas públicas que hasta ahora se han desarrollado al efecto tienen una finalidad paliativa, pues solo intentan corregir o amortiguar las disfunciones más llamativas que se producen al interior de las familias, sin abordar los cambios estructurales que la situación requiere. Así, las medidas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, tanto en el ámbito del Derecho del trabajo como en el empleo público, a las que hemos hecho referencia, tienden a adaptar las responsabilidades familiares a las exigencias del mercado de trabajo, que queda intacto, y lo hace reconociendo derechos cuyo ejercicio, como no podía ser de otra forma, depende de la iniciativa de sus titulares, en la que influye sin duda la mentalidad dominante y la sensibilidad de las empresas para este tipo de requerimientos. Hay que considerar, en consecuencia, que estas disposiciones representan solo un primer paso de una transformación más profunda, consistente en rediseñar las reglas que organizan el funcionamiento de la sociedad a fin de armonizar esos dos espacios que se concibieron de manera independiente. Hablamos entonces de actuar

sobre la actividad escolar, la laboral o profesional; también, del funcionamiento de los servicios públicos, de los transporte públicos, entre otros, y de repensar la ordenación de las ciudades. En esta línea ya se están ensayando algunas fórmulas, como la flexibilidad de horarios laborales, la realización del trabajo desde el domicilio con el apoyo de las nuevas tecnologías, o la sustitución de la jornada laboral por la fijación de objetivos. Lo que se avance en este sentido marcará sin duda el futuro de los comportamientos de las personas respecto a las relaciones familiares y, muy acusadamente, los de las mujeres por afectarles en mayor medida la situación anteriormente descrita.

No obstante, hay una cuestión que tiene relevancia en sí misma; nos referimos a la maternidad, o más bien a la decisión de las mujeres de tener hijos, cuando lo desean y cuantos quieran; una decisión en la que influyen las políticas públicas que a tal fin se diseñen, y sobre las que hemos tenido ocasión de manifestarnos. Se puede afirmar que la maternidad, en el sentido expuesto, constituye una de las cuestiones pendientes de las sociedades contemporáneas, que está en el centro del debate público en países como Francia o Alemania, por poner algunos ejemplos, y que en España también goza de plena actualidad por las medidas que está tomando el Gobierno, a las que nos hemos referido. Muchos son los intereses que confluyen en el tratamiento de la maternidad, entre los que están sin duda la necesidad de incrementar el índice de natalidad —como es sabido el de España es el de los más bajos del mundo— para asegurar el mantenimiento del sistema de pensiones, por señalar alguno; pero también están los de las mujeres que ven amenazado su acceso a un empleo, o su promoción en el mismo, por la maternidad. Y en este punto hay que decir que la decisión de ser madre corresponde exclusivamente a la mujer, que ha de tomarla en libertad, y que incumbe al hombre en la medida que es padre, y estos criterios han de orientar las decisiones políticas de fomento de la natalidad. A tal fin no está de más recordar el art. 14.7 de la L.O. 3/2007 ya citada, en el que se regula las políticas públicas

para la igualdad de mujeres y hombres, que identifica como un principio general de las mismas: “La protección de la maternidad con especial asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia”.

En todo caso, nos encontramos ahora ante mujeres más independientes, con mayor autonomía para decidir su futuro, para actuar en las relaciones de pareja y respecto de la maternidad.

## 5. OTRA FORMA DE ENTENDER LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

### A) LA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN PATERNOFILIAL

Se puede observar un comportamiento diferente de las personas respecto de la maternidad y paternidad, en el sentido de que cada vez están más ligadas a una decisión voluntaria de asumir tal responsabilidad; un planteamiento muy alejado del fatalismo del acto biológico de la unión sexual y posterior procreación. Esta actitud se pone de manifiesto en la paternidad biológica, que normalmente es el resultado de una decisión previa acerca del número de hijos que se quiere tener y su frecuencia. En este cambio de comportamiento han influido muchos factores, cuya raíz última es la libertad personal, favorecidos por la extensión de los anticonceptivos y la legalización del aborto, reivindicaciones de los movimientos feministas de los años sesenta y setenta que hicieron de la libertad sexual su bandera, y propiciaron importantes reformas en este sentido.

También se aprecia con nitidez este origen voluntario de la maternidad y paternidad en el recurso a las técnicas de reproducción asistida (L. 14/2006, de 26 de mayo) pues su aplicación requiere necesariamente el consentimiento de la mujer (art. 3.4) así como del marido (art. 8.1) o compañero (art. 9.3) que quieren asumir tal paternidad, siendo así que en los casos de inseminación heteróloga viene a ser el

soporte único de la relación paternofilial, que no se concibe, como la adopción, como una medida de protección de la infancia sino como la realización de la aspiración de ser madre y padre, manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Las posibilidades que brindan los avances científicos sobre el material genético van más allá de estas técnicas, y nos enfrenta a una serie de cuestiones cuya respuesta no resulta fácil, ya que concitan las convicciones más profundas acerca del origen de la vida y la intervención del hombre. Se tiene la sensación de que estamos solo al comienzo de unas transformaciones que acaso no podamos ni siquiera intuir: las investigaciones sobre el genoma humano así como las técnicas de clonación son dos descubrimientos científicos de gran trascendencia que auguran importantes cambios en este campo, en el que no vamos a entrar, y que es objeto de estudio en otra sección de este volumen por Francisco Oliva.

Igualmente, la libertad de decidir sobre la maternidad o paternidad resplandece en la adopción. Especial referencia merece esta vía de acceso a la paternidad por la extensión espectacular que ha tenido en estos últimos años, sobre todo en su dimensión internacional —España es el segundo país del mundo—, pendiente de una nueva regulación con la que se pretende dar respuesta a las especificidades de este fenómeno (Proyecto de Ley de adopción internacional, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 29 de junio de 2007, 143-1)). Aunque la adopción se concibe desde la perspectiva de protección de los niños y las niñas, no se puede negar que con la misma se realiza el deseo de ser padres o madres, no requiriéndose que éstos sean infértiles, sino la existencia de un menor que necesite de este tipo de protección, y la decisión por parte de personas mayores de edad de adoptar, así como la idoneidad para ello. La dimensión que tiene esta paternidad no biológica obedece a razones muy diferentes, entre las que queremos resaltar la fuerza que adquiere la voluntad como impulsora de la idea de ser padres, una voluntad que refleja asimismo la superación de los prejuicios que

tradicionalmente han pesado acerca del origen de estos menores, y que es más evidente respecto a la adopción internacional, en la que se abandonan los recelos que pudieran suscitar otras culturas o etnias. Un fenómeno éste que nos evoca la multiculturalidad de las familias españolas que trataremos con posterioridad.

Estas otras vías para ser madre o padre han propiciado un fenómeno hasta hace muy poco tiempo singular; nos referimos a la posibilidad de *concebir un hijo*, jurídicamente hablando, en solitario, ya sea por una mujer, recurriendo a las técnicas de reproducción asistida o la adopción, o también por un hombre en este último supuesto, opciones todas que encuentran en la libertad personal su justificación. Encontramos pues que se constituyen *ab initio* familias monoparentales que excluyen de la relación paternofamiliar el padre o la madre, de tal forma que ésta se concibe por sus protagonistas como una relación que solo tiene una referencia. Este tipo de familias ya no es el resultado de una serie de circunstancias que en el curso de la relación han quebrado el modelo hasta hace poco imperante, es decir, el de contar con un padre y una madre, como pueden ser la muerte de uno de los progenitores, o la crisis familiar que ha llevado a que la convivencia se realice con uno solo de ellos, sino que responde a una concepción muy diferente de las familias, resultado de la libertad personal. Pero quizás, el cambio más sobresaliente que en estas relaciones se ha dado tiene que ver con el reconocimiento a las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar, pues en este caso los progenitores son del mismo sexo, a los que se alude con las menciones de 'A-Cónyuge' y 'B-Cónyuge' o las de 'A-progenitor/a' y 'B-progenitor/a' para los casos de matrimonios o progenitores del mismo sexo (Orden 644/2006, de 6 de marzo, sobre aclaración de la Orden 568/2006, de 8 de febrero, sobre modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia). Con estas maternidades o paternidades se ha trastocado definitivamente un tipo de familia todavía muy presente en el imaginario colectivo, que descansa en un padre y una madre. Esta última reforma ha suscitado

una gran controversia en la sociedad, alegando los que se oponen a ella el interés de los niños como argumento decisivo para invalidarla. Es cierto que la adopción se concibe como un medio de protección de los menores, en la que debe prevalecer el interés de aquéllos. Dicho esto, no se puede entender que su defensa solo es viable mediante un tipo de relación paternofamiliar, pues esta interpretación tiende a proyectar sobre los adoptando unas determinadas convicciones que solo responden a una visión parcial de una realidad mucho más diversa y compleja, en la que está la unión homosexual de indudable vigencia social; unas convicciones, por otro lado, que no tienen que coincidir con las necesidades concretas del adoptando. En otro plano, tampoco se puede hacer descansar la solución en un supuesto derecho a adoptar, porque tal no existe en el plano jurídico, lo que no impide que el libre desarrollo de la personalidad ligado al principio de igualdad requieran que la solicitud de estas parejas deba ser considerada como las demás a fin de valorar en cada caso el interés de ese menor que puede ser adoptado.

Estos comportamientos nos sitúan en un universo familiar alejado de los planteamientos tradicionales, que de seguro inciden en la conformación colectiva de las mentalidades y tendrán su reflejo en el futuro.

## **B) LA LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y EL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO**

El hecho de que la maternidad y la paternidad estén más ligadas a la decisión voluntaria de asumirla implica que la relación jurídica paternofamiliar no tiene siempre que coincidir con la biológica, y así la identificación de una y otra que llegó a ser una aspiración de la sociedad española hasta el punto de consagrarla en el texto constitucional en el art. 39, está siendo superada por estos comportamientos. En efecto, la investigación de la paternidad ha sido una exigencia de los colectivos feministas a fin de posibilitar que las madres solteras pudieran

reclamar a los padres el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los hijos que habían concebido, en un tiempo en el que el ejercicio de las acciones correspondientes estaba muy mediatizado por las limitaciones que se imponían a la demostración de la paternidad, excluyendo incluso la utilización de las pruebas biológicas. Sin negar la fuerza que aún tiene el principio de veracidad biológica, aunque las circunstancias sean distintas, sí cabe señalar una nueva dimensión del mismo, referida en este caso a los hijos, y que se concreta en el derecho de éstos a conocer su propio origen biológico, un derecho que se fundamenta en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad, en el que también está implicado el principio de igualdad, y que ha sido denominado como derecho a la identidad. La peculiaridad de este derecho está en que no se cuestiona la filiación jurídica que ya tiene la persona, ni que se quieren extraer consecuencias jurídicas de la relación biológica, pues lo que se pretende únicamente es saber quiénes son los padres naturales como presupuesto para conocer su propio origen. En concreto, este derecho se ha planteado respecto del anonimato de la madre, en los supuestos de inseminación heteróloga y en los casos de adopción. Las soluciones en Derecho comparado no son uniformes, a lo que ha contribuido también la STEDH de 13 de febrero de 2003 (asunto *Odier contra Francia*) que resolvió el caso de una ciudadana francesa adoptada a la que se le había denegado saber sobre su madre biológica, argumentado el Tribunal que existe un “margen de apreciación que debe ser reconocido a cada Estado en razón del carácter complejo y delicado de la cuestión del secreto de origen” (Aguilar Ruiz, 2005: pp. 819 ss). Y en efecto, estamos ante una cuestión compleja en la que se involucran el derecho a la identidad biológica que se les debe reconocer a todas las personas, y la libertad de los que quieren mantener en secreto su implicación en la procreación. Y en esta dialéctica, las soluciones en Derecho español se inclinan por el derecho a conocer el origen, en el caso de la identidad de la madre (art. 167 RRC) y la adopción (art. 129 Codi y art. 11 y DF 1ª, siete Proyecto de Ley de Adopción in-

ternacional), y por la libertad del donante, con limitaciones, en la filiación por reproducción asistida heteróloga (art. 5.5 LRHA).

Como ya hemos puesto de manifiesto, el impulso de los derechos fundamentales se ha convertido en crucial para el desenvolvimiento del Derecho de familia, cada vez más centrado en preservar a los miembros que la integran que en disciplinar las relaciones entre ellos conforme a un modelo o modelos preestablecidos. Dándose la paradoja de que este proceso, que podría llevar a una sensible disminución de las normas que disciplinan las relaciones familiares, ha supuesto multiplicar las normas que la regulan para garantizar los derechos de las personas.

### C) EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

El ejercicio de la patria potestad ha dado un giro importante con la Convención de los Derechos de los Niños (2 de septiembre de 1990), y la aprobación en España de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Esta Ley no modifica el régimen de la patria potestad regulado en el CC, pero cambia la filosofía con la que se debe abordar su ejercicio. Y en efecto, la misma viene a confirmar la ciudadanía de los menores de edad, titulares de derechos fundamentales y destinatarios de políticas públicas de protección. Unos menores que han dejado de ser exclusivamente miembros de la familia para fortalecer su propia personalidad e identidad, que se han de respetar en el ejercicio de la patria potestad. Y en este cambio de rumbo, los derechos fundamentales de los niños y las niñas se han convertido en el eje vertebrador de las facultades de los padres; cuestiones como el tratamiento médico que se les debe dispensar, la elección del modelo educativo, a pesar de lo que dispongan las normas que lo regulan, su opción ideológica o religiosa, por poner algunos ejemplos, deben ser tratadas desde la autonomía del menor de acuerdo con su capacidad natural y siempre atendiendo a su interés que, como dice la mencionada LO, constituye un

principio general de su aplicación (art. 2 de la LO). Este cambio de filosofía no se refleja acertadamente en la disciplina de la patria potestad del CC, aunque se puede observar un tímido avance en este sentido en el mencionado Proyecto de Ley de Adopción Internacional, que en su DF 1ª, cinco, prevé modificar el art. 154 CC para sustituir la facultad de “corregir razonable y moderadamente a los hijos”, por el respeto a su integridad física y psicológica en el ejercicio de la patria potestad, si bien se debería haber aprovechado esta oportunidad para regular con carácter más general esta función. En la misma se debe asumir como criterio para reconocer la autonomía de los menores su capacidad natural —como ya viene diciendo la jurisprudencia— y abordar con más extensión los aspectos que conforman la patria potestad. O, al menos, hubiera sido aconsejable optar por otra denominación, abandonado el término “potestad” por otro más acorde con esta nueva filosofía, al estilo de lo que se ha hecho en Alemania de sustituir los términos *elterliche Gewalt* por los de *elterliche Sorge*.

En el fondo de las cuestiones que estamos planteando está la naturaleza del derecho de los padres a sus hijos, su alcance y límites, que merece una reflexión más profunda que tendremos que abordar los juristas en clave constitucional.

## 6. DEDICACIÓN A LA FAMILIA: LOS ABUELOS, LOS FAMILIARES Y ALLEGADOS

### A) LOS ABUELOS Y OTROS FAMILIARES

Una reciente reforma del CC (Ley 42/2003, de 21 de noviembre) regula el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos (art. 160 CC), reconociendo a aquellos un derecho de visita en caso de crisis matrimonial (arts. 90, 94) e, incluso, prevé la posibilidad de acordar provisionalmente y con carácter excepcional encomendar los nietos a los abuelos (art. 103). Esta reforma responde a una demanda que

aquellos habían planteado, por entender que el régimen anterior no tomaba en consideración los lazos afectivos que establecen con sus nietos.

Dicho esto, parece adecuado que se tenga en cuenta la intensidad de los vínculos que unen a los abuelos con sus nietos, pero su regulación nos lleva a apuntar una idea para la reflexión: si acaso no se está sometiendo a la familia a una excesiva presión al fortalecerse los lazos de unión entre sus miembros. Este planteamiento nos sitúa en un terreno ciertamente peligroso que puede llevar a extender los relaciones familiares y reforzar la vinculación de los parientes para así asegurar las prestaciones a los más necesitados, pues, si se cae en esta tentación, puede ser que resucitemos grupos extensos de familias cuyas relaciones respondan a la necesidad y a la dependencia, muy alejadas de la libertad y de los afectos que la deben presidir. Con esto no se quiere negar la función de asistencia y cuidado que cumplen las familias, que las convierten en un instrumento eficaz de la cohesión social, sino llamar la atención de que no debe servir como excusa de los poderes públicos para desatender las necesidades de los ciudadanos cuya satisfacción la pueden realizar a través de las familias, o contando con ellas, pero nunca a su costa.

Todo esto resulta más evidente en las normas que se están dictando sobre conciliación de la vida familiar y laboral, en las que se tienen en cuenta las necesidades de atención y cuidado no solo de los hijos, sino también de los demás descendientes, los ascendientes y los parientes hasta el segundo grado, tanto por consaguinidad como por afinidad, con lo que resulta que el núcleo familiar se amplía a estos efectos a los hijos y nietos, los padres y abuelos de uno y otro miembro de la pareja, y a los hermanos y cuñados. Claro está que estas disposiciones no imponen la obligación de atender a estos familiares, cuya regulación corresponde a las normas civiles (arts. 142 y ss. CC), pero su asunción por el legislador en los términos expuestos evidencia, al menos, cierta complacencia con esta realidad, con el riesgo de que termine por aceptarse. Si bien, debemos

dejar constancia que no es ésta la filosofía que impregna la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y la Atención a las Personas en Situación de Dependencia, como hemos dicho anteriormente.

A la familia extensa también se recurre en otros supuestos. Así sucede en los casos en los que la Administración declara el desamparo de un menor, asumiendo su tutela, y procede a la constitución de un acogimiento que, según el art. 172.4 CC, deberá procurar que lo asuma un familiar, siempre que no sea contrario a su interés, o en la tutela (art. 234 CC).

## **B) LAS RELACIONES DE LAS FAMILIAS RECOMPUESTAS O COMPLEJAS**

Una consecuencia de la extensión del divorcio como salida a la crisis conyugal, aunque no la única, ha sido la formación de nuevas familias entre cónyuges o parejas que vienen de una relación anterior de la que han tenido descendencia. Son las familias reconstruidas o complejas, en las que conviven o se relacionan hijos de diferentes uniones, y que pueden establecer lazos de afectividad y dependencia con la nueva relación de su padre o madre o con los hijos de éstos. Nos encontramos pues ante familias cuyos cauces de relación en el plano jurídico se integran en las figuras previstas legalmente: el matrimonio o el régimen de las parejas de hecho, la filiación y la patria potestad, y en las que no caben en principio los vínculos que antes hemos descrito, aunque sí existen algunas disposiciones que lo tienen en cuenta, como el art. 1362.1 CC sobre la sociedad de gananciales, el art. 176.2., referido a la adopción, También, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas (art. 2).

Es de prever que en el futuro este tipo de familias se multiplique e, incluso, que gane en complejidad, dada la diversidad de modelos y relaciones ya existentes, y la importancia de la libertad personal como impulsora de los comportamientos familiares.

La pregunta que cabría hacerse, en consecuencia, es si se debe proceder a institucionalizar todas las relaciones que se establecen en su seno y, más concretamente, las que surgen entre los hijos de uno y otro miembro de la pareja, y las de estos con los de su cónyuge o conviviente, a fin de asumir una realidad que ya existe. Creo que el camino a recorrer no debe ser tal, pues crear nuevos parentescos o relaciones asimiladas puede llevar a un excesivo rigor en este tipo de familias, imponiendo obligaciones y derechos que se sumarían a los que ya los tienen respecto a sus familiares. Lo dicho no debe ser óbice para que la situación descrita carezca de toda consecuencia jurídica e, incluso, que en el algún caso se tome en cuenta: por ejemplo para nombrar un tutor o constituir un acogimiento, es decir, en supuestos en los que las circunstancias concretas aconsejen esta opción.

Un criterio distinto, aunque hay que decir para una situación diferente, es el que se ha aplicado en la Sentencia de 25 de julio de 2007 dictada por el Juzgado de Familia número 17 de Sevilla, para reconocer el derecho de visita al hijo de la compañera sentimental del reclamante, de la que se había separado. El argumento de que la filiación se estableció antes de la reforma del matrimonio en el año 2005 parece determinante para otorgar este derecho, aunque ello no impide que se llame la atención sobre que este tipo de decisiones extienden los derechos y obligaciones.

## **7. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES Y LA MULTICULTURALIDAD**

### **A) LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES**

En la actualidad es frecuente que se establezcan relaciones familiares entre personas de distintas nacionalidades, bien por el fenómeno de la inmigración al que haremos referencia,

o por la mayor movilidad territorial de la población actual y también por las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías de la comunicación. Los problemas en estas relaciones surgen generalmente en situaciones de crisis, en las que la armonía deja paso a la confrontación y, como consecuencia de ello, a la diversidad de regímenes aplicables y, con frecuencia, al alejamiento de los miembros que pasan a residir en países diferentes. La situación descrita requiere generar instrumentos de ámbito supraestatal dirigidos a solucionar la confrontación de los intereses de los miembros de las familias. En el ámbito internacional cabe resaltar el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, de 25 de octubre de 1980 y el Convenio de Luxemburgo sobre reconocimiento, ejecución y restablecimiento de la custodia de menores, además de otros referidos a la obtención de alimentos. En lo demás se habrá de estar a las disposiciones de Derecho internacional privado, a no ser que exista un Convenio bilateral con el país implicado en el conflicto familiar. En el ámbito de la UE se habrá de estar al Reglamento 44/2001, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y más específicamente al Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. En todo caso estos instrumentos jurídicos solo reparan en la epidermis del problema, es decir su tratamiento en sede procesal, sin abordar las razones de fondo: la disparidad de regímenes jurídicos que disciplinan las relaciones familiares. Las dificultades para acercarlos en el plano internacional son evidentes, aunque no se puede despreciar la virtualidad de los Convenios Internacionales que reconocen derechos a las personas en el seno de las relaciones de familia. Pero aun en el espacio de la UE también existen serios inconvenientes por la falta de competencia de la Unión en esta materia, a lo que se debe añadir las distintas tradiciones jurídicas y modelos culturales en relación a las familias (No obstante, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en

el art. 9 reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia). En todo caso se debe resaltar la iniciativa de la *Commission on European Family Law*, CEFL, fundada el 1 de septiembre de 2001 para la elaboración de los Principios de Derecho de Familia Europeo, que se está centrando en la crisis conyugal, y a la que hemos hecho referencia. Sin duda, la armonización del Derecho de familia es un reto que tendremos que afrontar en el futuro.

## B) LA MULTICULTURALIDAD DE LAS FAMILIAS

Uno de los acontecimientos que están llamados a cambiar el panorama social de España es, sin duda, la llegada masiva de extranjeros en muy pocos años. Sin entrar en otro tipo de consideraciones acerca de la inmigración, lo que sí parece cierto es que tal fenómeno nos enfrenta a un hecho irrefutable, el de la multiculturalidad de las sociedades contemporáneas, que es también evidente en el tema que nos ocupa. Como es bien sabido, los modelos familiares, su extensión y sus relaciones, están muy condicionados por la cultura, la política, la religión, la economía y los otros factores que conforman cada sociedad. De ahí que estos inmigrantes aporten nuevos modelos o comportamientos familiares, diversificando la tipología de las familias españolas.

El fenómeno expuesto nos enfrenta dos cuestiones. Una primera, consistente en la compatibilidad de los comportamientos familiares de algunas culturas con las exigencias del Estado Democrático, y una segunda, referida al reconocimiento de los diferentes modelos de familia por el Ordenamiento español.

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, como se puede intuir fácilmente, los problemas han surgido en mayor medida con los emigrantes que proceden de países en los que rigen las leyes islámicas, claramente incompatibles en muchos aspectos con el orden de valores constitucionalmente consagrados. Nos referimos a hechos como la poligamia, o al matrimonio concertado, a la distinta posición jurídica de las esposas o hijas en las relaciones



de familia y, también, a otro mucho más cruel, como es la ablación de los genitales. Y hay que decir que la solución a estos problemas no es fácil, pues con frecuencia no afloran al exterior, manteniéndose en los espacios privados de la convivencia familiar. Además, algunas de estas prácticas las realizan en los países de origen a los que se desplazan, por ejemplo, para contraer un matrimonio que ha sido arreglado previamente, lo que dificulta sobremanera la aplicación de las normas que se pudieran elaborar a fin de erradicarlas.

La posición al respecto es firme, es decir, la aplicación de los principios y valores que se consagran en el texto constitucional a estos comportamientos y tipos de relaciones familiares que se le opongán. Y esto se ha hecho en un doble sentido. De un lado, se han reprimido o prohibido aquellas conductas que claramente vulneran el orden de valores imperante cuando éstas se manifiestan al exterior de las familias, recurriendo en el caso de las hijas a la declaración de desamparo cuando se ven forzadas a un matrimonio convenido, debiéndose llamar la atención en este punto a las posibilidades que brinda el art. 158 CC, al que ya hemos hecho referencia. Y, de otro, se ha procedido a extender la aplicación de la normativa española más allá de su ámbito, cuando las disposiciones del ordenamiento extranjero que procedería aplicar van en contra de los principios constitucionales (art. 107 CC), recurriendo, a falta de una previsión normativa en concreto, al orden público, que se identifica con tales principios y valores (RDGRN de 22 de enero de 2005, que conoció del caso de un ciudadano dominicano transexual que quería contraer matrimonio con un español. La aplicación de su ley personal había llevado a denegar la celebración del mismo, argumento que rechaza la Dirección General aplicando la excepción de orden público, identificado en este caso con el derecho al libre desarrollo personal, que determina la inaplicación de la norma extranjera). También se ha reconocido la jurisdicción universal para conocer de la responsabilidad penal por la mutilación genital femenina realizada dentro o fuera de España, art. 23.4.g. LOPJ.

El segundo reto que la inmigración plantea en lo que concierne a las familias, se refiere a la posibilidad de reconocer efectos jurídicos a los diferentes modelos, siempre que sean compatibles con los principios constitucionales. Pero en este punto rige el mismo criterio: la aplicación o imposición de los tipos existentes en España. Lo dicho se puede comprobar en la Directiva 2003/86/ CE del Consejo, DO n° L 251 de 03/10/2003, sobre reagrupación familiar, y la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre directrices y libertades de los extranjeros en España, y su integración social (objeto de varias reformas siendo la última de 2003, y ahora pendiente de modificación). Las mencionadas disposiciones desarrollan el derecho a la familia de los emigrantes regulando su reagrupación mediante la concesión de los correspondientes permisos de residencia (arts. 16 ss). La identificación de las relaciones familiares que pueden beneficiarse de estas medidas responde a las pautas imperantes en el Estado español, desconociendo otras posibles realidades; aunque parece claro que más pronto que tarde se debe abordar una regulación jurídica más abarcadora de la diversidad de comportamientos y realidades familiares en consonancia con la diversidad cultural. Con distinto criterio se han solucionado en nuestro país las especificidades familiares de la etnia gitana, a la que se le aplican las previsiones normativas del Ordenamiento jurídico español; tal fue el caso resuelto por la STC69/2007, de 16 de abril, en el que se denegó la pensión de viudedad a una mujer que se había casado por el rito gitano, por entender que no había existido matrimonio.

Esta línea de actuación, que tiene sentido en lo que supone de respeto a los valores y principios que reflejan los derechos humanos, de dimensión universal, no deja por ello de ser expresión de una cierta uniformidad que, si no se mide bien, puede llevar a ignorar la multiculturalidad, y a impedir un diálogo intercultural como forma de convivencia de la sociedad actual. Lo que en este sentido se haga, marcará también el mapa familiar de las sociedades del futuro.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AAVV, *El Derecho y la familia. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2001, n.º 4 (número monográfico).
- Navarro Viñuales, J.M. (dir.), *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Navarra, 2006, Aranzadi.
- Agilar Ruiz, L., “Límites al secreto de adopción”, *Familia*, 2005, fasc. 4-5, Milano, Giuffrè Editore, pp. 819 ss.
- Brunetta D’Usseaux, F. *El Diritto di famiglia nell’Unione Europea. Formazione, vita e crisi della copia* (dir.), Padova, 2005, Cedam..
- Caplow, T. “la familia del siglo XXI”, Tezanos, J F (ed.), *Escenarios del nuevo siglo*, Madrid, 2000, Sistema, pp. 389 ss.
- García Rubio, M. P., “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, T.LVI, Fasc. IV, pp. 1653.
- Garrido Gómez, M.I. *La política social de la familia en la Unión Europea*, Madrid, 2000, Dykinson.
- Häberle P. *La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, 2000, Tecnos.
- Kertzer, D.I. y Barbagli, M. (comps.), *Historia de la familia europea. V. III. La vida familiar en el siglo XX*, Barcelona, 2004, Paidós.
- López de la Cruz, L. “La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (La nueva redacción del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)”, *Revista de Derecho Privado*, 2007, marzo-abril, pp. 3 ss.
- Martín-Casals M. y Jordi Ribot (eds.), *The Role of Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe. Papers presented at the 2003 European Regional Conference of the International Society of Family Law*, Girona, 2006.
- McGlynn, C. *Families and the European Union*, Cambridge
- Meulders-Klein, M.T. *La personne, la famille, le Droit, Trois décennies de mutations en occidente*, cit., Bruxelles, 1999, Bruylant.
- Peces Barba, G., con la colaboración de De Asís Roig, R., Fernández Liesa, C.F. y Llamas Cascón, A. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, 1999, Universidad Carlos III y BOE.
- Rivero Hernández, F. *El interés del menor*, 2ª ed., Madrid, 2007, Dykinson.
- Sanz Caballero, S. *La familia en la perspectiva internacional y europea*, Valencia, 2006, Tirant Lo Blanc.
- Roca I Trias, E., *Familia y cambio social (de la <casa> a la persona)*, Madrid, 1999, Civitas.
- Serrano Fernández, M. “Régimen jurídico del derecho al nombre y los apellidos en Derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, 2001, septiembre, pp. 687 ss.
- Torres Perea, J:M. “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de Derecho civil*, 2006, abril-junio, pp. 675 ss.
- Valpuesta Fernández, R. “Las familias monoparentales: Una perspectiva sobre el Derecho de familia”, *Libro Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2003.
- Valpuesta Fernández, R. “Otras miradas a la familia: Las familias y sus funciones”, *Libro Homenaje al Profesor Albaladejo*, Murcia, 2005, Universidad de Murcia.
- Valpuesta Fernández, R., “La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho”, *Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferriol*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2415 ss.
- Vasseur-Lambry, F. *La famille et la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Francia, 2000, L’Harmattan.
- Una exposición actualizada del Derecho de familia vigente en España:
- Díez-Picazo, L. Y Gullón Ballesteros, F. *Sistema de Derecho civil*, v. IV, Madrid, 2006, Tecnos.
- Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil. T. IV. Derecho de familia*, Madrid, 2005, Dykinson.
- Lasarte Álvarez, C. *Principios de Derecho civil VI. Derecho de familia*, Madrid-Barcelona, 2005, Marcial Pons.

Fecha de recepción de originales: 7 de octubre de 2007

Fecha de aceptación de originales: 25 de octubre de 2007





# ESTUDIOS

El debate entre evolucionismo y creacionismo. La cláusula de aconfesionalidad en la sentencia sobre “diseño inteligente”

*Vicente Claramonte Sanz*

La cuestión nacional en la constitución territorial del Estado autonómico

*Manuel Medina Guerrero*

Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica del siglo XXI

*Francisco Oliva Blázquez*

Sobre la doctrina laboralista y sus vicios

*Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*

Más allá de toda duda razonable

*Tomás S. Vives Antón*

## RESUMEN

Recientemente, el debate entre evolucionismo y creacionismo llegó de nuevo a los tribunales estadounidenses cuando el Consejo Escolar de la Escuela Superior de Dover, en el Estado de Pensilvania, exigió a los profesores leer un comunicado ante los estudiantes en las clases de Biología del noveno curso, en el cual se afirmaba que la teoría evolutiva expuesta por Darwin en *El origen de las especies* no es la única explicación plausible sobre el origen y la metamorfosis de la vida, y se animaba a los estudiantes a indagar otras, como la propuesta por Davies y Kenyon en *Of Pandas and People*. El presente artículo expone el contexto histórico, social y jurídico en el cual se desarrolló el caso *Tammy Kitzmiller et al. vs. Dover Area School District*, y presenta una selección de jurisprudencia sobre la cláusula de aconfesionalidad derivada de la primera enmienda a la Constitución de Estados Unidos, incluyendo breves comentarios sobre ciertas instituciones de Derecho Procesal estadounidense aplicadas en la sentencia.

## PALABRAS CLAVE

EVOLUCIONISMO, CREACIONISMO, DISEÑO INTELIGENTE, JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE, CLÁUSULA DE ACONFESIONALIDAD, PRIMERA ENMIENDA A LA CONSTITUCIÓN

## ABSTRACT

The debate between evolutionism and creationism has recently reached once again the North American courts as the professors were required by the Dover Area School District, Pennsylvania, to read a statement to the students in the ninth grade Biology class in which it was affirmed that the evolutionary theory set out by Darwin in *Origin of Species* isn't the only reasonable explanation about life's origin and changes, and in which the students were encouraged to inquire into some others, like the one proposed by Davies & Kenyon in *Of Pandas and People*. The present article exposes the historical, social and legal context in which the case *Tammy Kitzmiller et al. vs. Dover Area School District* developed, and displays a jurisprudence selection about Establishment Clause of the First Amendment of the United States Constitution, including brief commentaries about some institutions of U.S. Procedural Law applied in the sentence.

## KEY WORDS

EVOLUTIONISM, CREATIONISM, INTELLIGENT DESIGN, UNITED STATES JURISPRUDENCE, ESTABLISHMENT CLAUSE, FIRST AMENDMENT OF THE UNITED STATES CONSTITUTION.

# EL DEBATE ENTRE EVOLUCIONISMO Y CREACIONISMO. LA CLAÚSULA DE ACONFESIONALIDAD EN LA SENTENCIA SOBRE "DISEÑO INTELIGENTE"

*Tammy Kitzmiller et al. vs. Dover Area  
School District*

Vicente Claramonte Sanz

Departamento de Lógica y Filosofía de la Ciencia  
Universidad de Valencia

Sumario: 1. El contexto sociohistórico y los precedentes jurisprudenciales: la cláusula de aconfesionalidad en la primera enmienda a la Constitución de EE. UU. 2. La calificación procesal de los hechos mediante presunciones probatorias. A) Presunción procesal del respaldo. a) La jurisprudencia aplicable. b) La perspectiva del espectador imparcial. a') Espectador imparcial estudiante. b') Espectador imparcial ciudadano. B) Presunción probatoria Lemon: los indicadores "intención" y "efecto". a) Indicador de la intención. b) Indicador del efecto. 3. La hipótesis del diseño inteligente, ¿ciencia o religión? A) ¿Es religión? B) ¿Es ciencia? 4. La parte dispositiva de la sentencia. Adendas. Nota bibliográfica.

## 1. LA CLAÚSULA DE ACONFESIONALIDAD EN LA PRIMERA ENMIENDA A LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS

El longevo debate entre evolucionismo y creacionismo volvió recientemente a los tribunales estadounidenses cuando el Consejo Escolar de la Escuela Superior de Dover, en el Estado de Pensilvania, anunció mediante un

boletín de prensa fechado en febrero de 2005 que el profesorado de ciencias naturales del noveno curso de la Escuela Superior, sería instado a leer el siguiente comunicado: "*El Reglamento Académico de Pensilvania exige a los estudiantes aprender la teoría de la evolución de Darwin, y en última instancia aprobar un examen oficial del cual la evolución forma parte. Precisamente porque la teoría de Darwin es una teoría, continúa siendo verificada conforme se descubre evidencia nueva. Una teoría no es un hecho. En*

una teoría existen lagunas para las cuales no hay pruebas. Una teoría se define como una explicación lo suficientemente contrastada que unifica una gama considerable de observaciones. El diseño inteligente constituye una explicación sobre el origen de la vida que difiere de la concepción de Darwin. Su libro de referencia, *Of Pandas and People*, está disponible para los estudiantes que puedan mostrarse interesados en la comprensión y el perfeccionamiento de lo que realmente comporta el diseño inteligente. Se anima a los estudiantes a mantener la mente abierta respecto a cualquier teoría. El centro remite la discusión sobre el origen de la vida a los estudiantes y a sus familias. Como normativa rectora de distrito, la ordenanza académica se enfoca a preparar a los estudiantes para que superen con destreza los exámenes reglamentarios.” Poco antes, el Distrito Escolar de Dover había exigido a los profesores de Biología suscribir un comunicado con el texto transcrito.

Con estos antecedentes, el caso *Tammy Kitzmiller et al. vs. Dover Area School District* se inició cuando, un grupo formado por once padres de alumnos de la Escuela Superior demandó al Consejo Escolar por imponer a sus hijos la lectura de dicho comunicado en clase de Biología. El juicio se prolongó desde el 26 de septiembre hasta el 20 de diciembre de 2005, fecha en que el juez de distrito John E. Jones III dictó sentencia, contenida en un memorándum que compendia las declaraciones testimoniales y periciales, antecedentes fácticos y fundamentos legislativos y jurisprudenciales a partir de los cuales revisó la prueba presentada en el juicio. La orientación marcada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo explica en buena parte la decisión adoptada en el juicio, cuya comprensión comporta a su vez repasar los precedentes jurisprudenciales citados y valorados por el juez Jones en el expediente, e incluso esbozar algunas aclaraciones sobre el contexto sociohistórico en el cual recayeron.

A finales del siglo XIX y principios del XX, el movimiento conocido como fundamentalismo cristiano surgió en Estados Unidos como variante integrista del protestantismo evangélico, proponiéndose presentar una respuesta de

inspiración religiosa contra la teoría evolutiva planteada por Darwin en *El origen de las especies*. Frente a ésta, reivindicaron una cosmovisión basada en la interpretación literal de la Biblia, y más concretamente, en el carácter histórico del relato contenido en el Génesis sobre la creación del universo y los orígenes de la vida y la especie humana. Transcurridas unas décadas y fruto de su activismo proselitista, ciertos colectivos afines comenzaron a ejercer presión social sobre el Parlamento federal para lograr la promulgación de leyes prohibitivas de la enseñanza de la evolución en las escuelas públicas.

Esta estrategia comenzó a fructificar cuando el Estado de Tennessee promulgó, en marzo de 1925, una ley que prohibía expresamente impartir la teoría evolutiva de Darwin en el sistema público de enseñanza primaria, superior y universitaria, e igualmente toda teoría que contradijera el relato del Génesis sobre la creación divina del hombre, o afirmara que el hombre descende de cualquier especie animal. El profesor de Biología John Scopes tuvo el dudoso honor de ser uno de los primeros ciudadanos en merecer la aplicación punitiva de esta norma cuando, durante el verano de 1925, un jurado de la villa de Dayton decidió sobre si lo hallaba culpable o inocente de enseñar ilegalmente teoría evolutiva, sustanciándose así el caso Scopes, celeberrimamente conocido en la jurisprudencia estadounidense como *monkey trial* o “juicio del mono”. Entre los años veinte y los primeros años sesenta, el sentimiento antievolucionista desatado por este movimiento social y religioso culminó en la promulgación de diversos tipos de sanciones jurídicas, destinadas a retirar el evolucionismo de las aulas.

Pero en 1968 se produjo un cambio radical cuando el Tribunal Supremo, al sentenciar el caso *Epperson v. Arkansas*, declaró inconstitucional una ley del Estado de Arkansas que prohibía impartir la teoría evolutiva darwinista en el sistema público de enseñanza, por considerarla contraria a la cláusula de aconfesionalidad derivada de la primera enmienda a la Constitución de Estados Unidos, cuyo tenor



completo proclama: “*El Congreso no promulgará ley alguna proclive a la instauración de la religión, ni tampoco prohibiendo el libre ejercicio de la misma; ni restringiendo la libertad de expresión o de prensa; ni el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente o a solicitar del Gobierno la reparación de los agravios*”. Habiendo cambiado notablemente la coyuntura jurisprudencial, el activismo fundamentalista modificó a su vez la apariencia de su estrategia, y comenzó a promocionar las denominadas leyes de “tratamiento equilibrado”, es decir, normas imperativas que obligaran a los profesores de Biología de las escuelas públicas a dedicar la misma carga lectiva a la concepción creacionista que la dedicada a la teoría evolutiva. No obstante, en 1975 el tribunal del caso *Daniel v. Waters* desenmascaró esta táctica como un nuevo intento de imponer en las escuelas públicas la versión bíblica fundamentalista de la creación del cosmos, la vida y la especie humana: según dictaminó el Tribunal de Apelación del Sexto Circuito en su sentencia, al asignar una posición preferente a la versión bíblica de la creación, frente a cualquier discurso basado en la investigación científica y en el razonamiento, la normativa impugnada promovía oficialmente la religión y vulneraba la cláusula de aconfesionalidad derivada de la primera enmienda, demarcadora de los ámbitos de acción jurídicamente admisibles entre la Iglesia y el Estado.

Inasequible al desaliento, el fundamentalismo cristiano contraatacó de nuevo, ahora a partir de los resquicios ofrecidos por la sentencia del citado caso *Daniel*, elaborando textos que aportaran una presunta evidencia científica favorable a la concepción creacionista dimanante del Génesis, elaborando así la denominada “ciencia de la creación” o “creacionismo científico”, para introducirlo en las clases de Biología impartidas en las escuelas públicas como una alternativa científicamente admisible al evolucionismo. Sin embargo en 1982, el Tribunal del caso *McLean v. Arkansas Board of Education* sentenció con nitidez que dicha “ciencia de la creación” descansaba en un falso dilema, pues sólo reconocía dos posibles

explicaciones sobre la vida —teoría evolutiva y creacionismo bíblico—, considerándolas a ambas recíprocamente excluyentes, y consiguientemente, contemplaba toda crítica a la evolución como una prueba del creacionismo bíblico. Concluyó que la “ciencia” de la creación sencillamente no es ciencia, pues depende de una intervención sobrenatural que resulta imposible explicar por causas naturales o probar mediante investigación empírica, y por tanto no es demostrable ni falsable. Según la sentencia, “*Las organizaciones fundamentalistas pretendían promover la idea de que el libro del Génesis quedaba respaldado por datos científicos. Los términos “ciencia de la creación” y “creacionismo científico” habían sido adoptados por estos fundamentalistas como descriptivos de su investigación sobre la creación y los orígenes del hombre.*” (*McLean v. Arkansas Board of Education*, 529 F. Supp. en 1266). Así, este Tribunal del Distrito Este de Arkansas revisó la ley de tratamiento equilibrado y evaluó la “ciencia de la creación” a la luz de los casos *Scopes* y *Epperson*, del largo historial de embates del fundamentalismo cristiano contra la teoría evolutiva, de los antecedentes legislativos y del contexto histórico, fallando que las organizaciones sobre ciencia de la creación eran entidades religiosas fundamentalistas que “[consideraban] *la difusión de la ciencia de la creación en las escuelas públicas como parte de su apostolado*”. En consecuencia, estimó que la ciencia de la creación era simplemente creacionismo bíblico bajo un nuevo disfraz, y resolvió que la ley de tratamiento equilibrado de Arkansas carecía de propósito o efecto secular válido, servía sólo a favorecer la religión y vulneraba la primera enmienda.

Esta línea jurisprudencial culmina en 1987 con el caso *Edwards v. Arkansas*, cuando el Tribunal Supremo consideró inconstitucional exigir que las escuelas públicas impartan “ciencia de la creación” junto a la teoría evolutiva, por cuanto vulnera la cláusula de aconfesionalidad derivada de la primera enmienda a la Constitución. Ésta prohíbe al Congreso promulgar leyes que instauren la religión o impidan su libre ejercicio, imponiendo así a la acción gu-

bernamental la neutralidad más exquisita entre “religión y religión”, y entre “religión y no religión”; es decir, neutralidad entre las distintas confesiones religiosas y ante la disyuntiva entre lo religioso y lo laico. La clave del caso *Edwards* radica en que, al haber sido resuelto por el Tribunal Supremo y no por tribunales de rango inferior como los casos *Daniel* y *McLean*, la sentencia dictada confirió a la prohibición de impartir “ciencia de la creación” o “creacionismo científico”, alcance en todo el sistema público educativo de los Estados Unidos.

## 2. LA CALIFICACIÓN PROCESAL DE LOS HECHOS MEDIANTE PRESUNCIONES PROBATORIAS

Por las consideraciones indicadas, los juicios celebrados en Estados Unidos cuyo objeto litigioso conecta directa o indirectamente con el debate entre evolucionismo y creacionismo, conllevan la necesidad de dirimir si los hechos juzgados constituyeron una infracción de la cláusula de aconfesionalidad derivada de la primera enmienda a la Constitución.

El Tribunal Supremo estadounidense ha elaborado, en forma de presunción probatoria doblemente articulada, una institución jurídica que constituye la herramienta procesal con la que el órgano jurisdiccional competente decide si la cláusula de aconfesionalidad fue respetada o vulnerada. Presunción probatoria puesto que, si el órgano judicial observa en los hechos litigiosos los caracteres establecidos por el Tribunal Supremo, debe considerar probada la infracción de la cláusula de aconfesionalidad; y doblemente articulada puesto que, si bien se trata de mecanismos complementarios y subsidiarios, fue configurada en dos grupos de requisitos, llamados “Lemon” —*Lemon v. Kurtzman* (1971)— y “respaldo” —*Edwards v. Arkansas* (1987)—.

Sobre la cuestión técnicamente procesal de cómo conjugar la aplicabilidad de ambas presunciones probatorias o cuál es su jerarquía respectiva, para la jurisprudencia del Tri-

bunal del Tercer Circuito, correspondiente al Tribunal del caso *Kitzmilller*, ambas constituyen métodos distintos, y es preferible aplicar previamente la presunción probatoria del respaldo. Así, en los casos *Freethought Society v. Chester County* (2003), *Modrovich v. Allegheny County* (2004) y *Child Evangelism Fellowship v. Stafford Township School District* (2004), el Tribunal adoptó la práctica de aplicar ambas presunciones, elaborando primero la doctrina de la presunción probatoria del respaldo, y subsiguientemente ponderando la conducta litigiosa según los indicadores “intención” y “efecto” de la presunción probatoria Lemon. Aclarado el criterio de jerarquía aplicativa de ambas presunciones probatorias, veamos en qué consiste cada una.

### A) PRESUNCIÓN PROCESAL DEL RESPALDO

#### a) La jurisprudencia aplicable

Aunque el Tribunal Supremo aplicó por primera vez la presunción probatoria del respaldo en el caso *County of Allegheny v. American Civil Liberties Union* (1989), y desde entonces fue sistemáticamente empleada en los juicios sobre cláusula de aconfesionalidad, en particular si involucran la religión en el ámbito de la escuela pública, sin embargo, es en el caso *Santa Fe Independent School District v. Doe* (2000) donde definió con mayor claridad en qué consiste la presunción probatoria del respaldo: “[en] los casos que implican la participación del Estado en una actividad religiosa, una de las cuestiones relevantes estriba en ‘si un espectador imparcial, al corriente del texto, los antecedentes legislativos y la normativa aplicable, lo percibiría como un respaldo estatal a la oración en las escuelas públicas.’” (*Loc. cit.*, 308) Y en otro lugar de la misma sentencia, el Tribunal Supremo precisa, todavía más si cabe, el significado del texto citado, en esta ocasión aludiendo al caso *Lynch v. Donnelly* (1984), según el cual: “El patrocinio escolar de un mensaje religioso es intolerable, porque transmite a los receptores no correligionarios el mensaje subliminal de que ‘están marginados, son miembros capitidisminuidos de la comuni-

dad política, y a los prosélitos un mensaje anejo de que están integrados, son miembros privilegiados de la comunidad política.” (Ibidem, 309-10). Tras aquel primer precedente de 1989, el Tribunal Supremo ha aplicado reiteradamente la presunción probatoria del respaldo para valorar si las políticas adoptadas por las autoridades administrativas o gubernamentales infringen la cláusula de aconfesionalidad derivada de la primera enmienda a la Constitución.

Aunque los supuestos específicos diverjan, todos guardan la identidad de razón objetiva propia de la analogía, y presente en las definiciones transcritas. Algunos de los más significativos aplican la prueba del respaldo a la política de una universidad pública referida al patrocinio de un periódico estudiantil de inclinación religiosa, como en el caso *Rosengberger v. Rector & Visitors of the University of Virginia* (1995); a programas que proporcionaban ayuda oficial a las escuelas parroquiales, en los casos *Agostini v. Felton* (1997) y *Mitchell v. Helms* (2000); al patrocinio escolar de una oración en las actividades futbolísticas de la escuela superior, en el caso *Santa Fe Independent School District v. Doe* (2000), ya citado por clarificar en qué consiste la prueba del respaldo; a medidas de patrocinio indirecto concernientes a un club religioso de estudiantes reunido en las instalaciones escolares, en el *Good News Club v. Milford Center School* (2001); o bien a un programa de bono escolar, como en el caso *Zelman v. Simmons-Harris* (2002); entre otros señalables. Si bien ninguno de los juicios citados involucraba el rechazo expreso de una manifestación religiosa, no obstante el Tribunal Supremo revisó en todos ellos dos elementos coincidentes: primero, la conducta gubernativa litigiosa, para esclarecer si conllevaba respaldo confesional, y segundo, la política tocante a la religión implementada por una escuela pública de distrito o por una universidad pública. Por ello, concurriendo también tales circunstancias en el juicio comentado, parece justificado aplicar la prueba del respaldo al caso *Kitzmiller*, como así lo entendió el juez Jones.

Según la presunción probatoria del respaldo, la actuación gubernamental o adminis-

trativa vulnera la cláusula de aconfesionalidad derivada de la primera enmienda cuando transgrede los límites de la neutralidad entre lo religioso y lo laico, para patrocinar o favorecer la religión. En el caso *Lynch v. Donnelly* (1984), el juez O'Connor fue el primero en elaborar esta institución a partir de la presunción probatoria Lemon, la cual a su vez abarca ambos indicadores, la intención y el efecto de la medida política juzgada: “*La cuestión clave en este juicio estriba en si [el gobierno] ha respaldado [la religión] mediante [sus acciones]. Para responder a esta pregunta, debemos examinar tanto lo que pretendió comunicar [el gobierno]... como el mensaje que realmente transmitió [su acción]. Los indicadores de la intención y el efecto de la presunción probatoria Lemon describen respectivamente estos dos aspectos sobre el significado de la acción [gubernativa]*”. (*Loc. cit.*, 465 U. S., en 690). Por tanto, la presunción probatoria del respaldo actúa como una perspectiva mediante la cual el juez observa y valora prioritariamente el efecto de la acción gubernativa, mientras que el análisis de la intención sólo es relevante para la investigación subsidiariamente.

Pero además, en el citado caso *County of Allegheny v. ACLU* (1989), al desarrollar su ulterior elaboración doctrinal, el Tribunal Supremo partió del brocárdico “El respaldo no se autodefine”, derivando su significado de otros conceptos jurídicos que el propio órgano judicial ha considerado útiles durante décadas para interpretar la cláusula de aconfesionalidad. En esta misma sentencia, puede leerse literalmente que la presunción probatoria del respaldo emana de la “*prohibición contra el respaldo gubernamental a la religión*”, y “*excluye que el gobierno transmita o intente transmitir el mensaje de que la religión o una creencia religiosa particular es favorecida o preferida*”. Por tanto, la correcta aplicación de la presunción probatoria del respaldo requiere que el tribunal competente determine qué mensaje transmite la normativa o política gubernamental litigiosa a un espectador razonable e imparcial, el cual conoce, además de la historia de la comunidad concernida, el texto de la medida, sus orígenes

y sus precedentes legislativos, así como el más amplio contexto sociohistórico donde surge.

Por su parte, al elaborar la doctrina jurisprudencial de esta institución jurídica conocida como “espectador razonable o imparcial”, el Tribunal del Tercer Circuito expuso, en el caso *Modrovich v. Allegheny County* (2004), que “*el espectador razonable es un ciudadano bien informado que está más versado [sobre la cuestión sub iúdice] que el transeúnte medio*”. (*Loc. cit.*, en 407; concordante con el caso *Capitol Square Review & Advisory Board. v. Pinette*, 1995, 515 U. S. 753, 779-781). Esta sentencia presupone al espectador imparcial sabedor del historial de la conducta juzgada, y además capaz de inferir otros hechos relevantes a partir de la apariencia y el contexto de la medida gubernamental. Es decir, conociendo el historial legislativo de la medida litigiosa, la historia de la comunidad y el más amplio contexto sociohistórico en el cual se adopta, se considera al espectador imparcial apto para valorar la prueba disponible y relevante a los efectos de la investigación judicial. Ahora bien, según la sentencia, la valoración de la prueba disponible y del contexto sociohistórico realizada por el espectador imparcial, no pretende esclarecer cuál era la intención gubernamental, sino establecer si la actuación juzgada transmite realmente un mensaje de respaldo o desaprobación a la religión, independientemente de las pretensiones del gobierno al implementarla.

## b) La perspectiva del espectador imparcial

Consecuentemente con el apartado anterior, la principal cuestión técnico-jurídica resuelta en el caso *Kitzmiller* consistió en determinar si el comunicado litigioso transmitía un mensaje de respaldo o desaprobación a la religión, a partir de la institución del espectador razonable e imparcial elaborada jurisprudencialmente como *fictio iuris* valorativa. Y por ello, dado que la presunción probatoria del respaldo se diseñó para precisar el significado de la conducta juzgada centrándose en cómo la percibieron los integrantes de la ‘audiencia’,

el juez averiguó el mensaje transmitido por la declaración a los estudiantes que constituían su pretendida audiencia, y desde la perspectiva de un estudiante imparcial de la Escuela Superior de Dover. La pregunta pertinente consistiría en decidir si un espectador imparcial, concretado en un estudiante de la Escuela Superior de Dover con edad y madurez mental suficiente, percibiría el comunicado litigioso transcrito como una manifestación de respaldo oficial del centro a una opción religiosa.

Pero además, dado que el Consejo remitió un folleto informativo sobre diseño inteligente a todos los hogares del Distrito de Dover, explicando con todo detalle su decisión y el contenido de la declaración leída ante los alumnos, el juez entendió que ello conllevaba adicionalmente juzgar los hechos litigiosos desde la perspectiva de un espectador adulto, razonable e imparcial; aspecto que valoró en el expediente procesal a partir de la discusión y defensa que realizaron los miembros del Consejo Escolar sobre el cambio en el plan de estudios de Biología, tanto en las asambleas públicas del propio Consejo como en los medios de comunicación locales. Y entendió que analizar tales cuestiones requería previamente elucidar si la hipótesis del diseño inteligente, presentada por el Consejo en las clases de Biología como una alternativa científica admisible a la teoría evolutiva, involucra una cosmovisión intrínsecamente religiosa, mediante la doble perspectiva hipotética de un espectador estudiante y otro adulto, ambos razonables, imparciales y al corriente de la información relevante para el caso juzgado.

## α') Espectador imparcial estudiante

Cuando el control de la cláusula de aconfesionalidad se vincula a las escuelas elemental y secundaria, el Tribunal Supremo impuso en el caso *Edwards* una vigilancia especial, pues “*Las familias confían la educación de sus hijos a las escuelas públicas, pero condicionan su confianza al presupuesto de que las aulas no serán deliberadamente empleadas para fomentar concepciones religiosas que podrían colisionar con las creencias*

privadas de los estudiantes o de sus familias. En tales centros, los estudiantes son influenciados y su asistencia es obligatoria.” (Caso *Edwards v. Arkansas*, 482. U. S. en 583-84, citando los casos *Grand Rapids School District v. Ball* y *Wallace v. Jaffree*, ambos de 1985). Puesto que los estudiantes de las escuelas elemental y secundaria son más influenciados por razón de su edad que los adultos, aquéllos deben ser en principio menos críticos y eficaces que éstos al detectar cuándo una conducta gubernamental respalda la religión. Así, el estudiante imparcial estándar constituye una *fiction iuris* destinada a garantizar judicialmente la estrecha vigilancia ordenada por el Tribunal Supremo para proteger a niños influenciados de los mensajes religiosos difundidos en el sistema académico público que puedan conllevar imprimátur gubernamental. Tras revisar el expediente y valorar los hechos litigiosos mediante la presunción probatoria del respaldo, el juez Jones concluyó que un estudiante imparcial de noveno curso de la Escuela Superior de Dover apreciaría el comunicado, ilustrado por su contexto y antecedentes legislativos directos, como una acción de contundente respaldo oficial a la religión. Llegó a esa conclusión tras analizar, párrafo por párrafo, el elocuente tenor del propio comunicado objeto de litigio.

En cuanto al primer párrafo del comunicado, antes transcrito, la prueba recogida en el juicio revela que el Consejo Escolar no ordenó una directriz similar sobre cualquier otro aspecto del plan académico de Biología ni de ninguna otra asignatura, pese a que la normativa estatal regula directamente muchas otras cuestiones contenidas en dicho plan de estudios y en el de las restantes asignaturas, y no obstante referirse los exámenes oficiales también a tales materias. Su tenor desacredita implícitamente la teoría evolucionista, al insinuar que los estudiantes deben aprender teoría evolutiva porque lo exige el Reglamento Académico —como si ‘no hubiera más remedio’, es decir, como si fuera una carga lectiva absurda cuya única justificación es la mera imposición normativa—, cuando el Consejo no dirigió ninguna directriz similar respecto a ninguna

otra sección del plan académico de Biología ni de ninguna otra asignatura.

El párrafo segundo del comunicado singulariza la teoría evolutiva del restante plan académico de ciencias naturales, e indica a los estudiantes que la evolución es ‘sólo’ una teoría, sugiriendo al espectador destinatario, mediante una acepción no técnica sino coloquial del término ‘teoría’, que la evolución es sólo una opinión muy cuestionable, o una mera conjetura. Acto seguido afirma que la teoría de Darwin aún continúa pendiente de verificación y presenta lagunas, sin señalar similares carencias a otras teorías científicas, confundiendo a los estudiantes sobre la teoría evolutiva en particular y sobre la ciencia en general. Socava así la formación de los estudiantes en teoría evolucionista, y sienta las bases para presentarles la alternativa religiosa predilecta del Consejo Escolar.

El párrafo tercero presenta dicha alternativa religiosa. Compara la hipótesis del diseño inteligente con la ‘concepción’ de Darwin, y recomienda al estudiante *Of Pandas and People*, de Percival Davies y Dean H. Kenyon, como si fuera un texto científico demostrativo del diseño inteligente. La concepción evolucionista, previamente desacreditada ante los ojos de los estudiantes, es contrastada ahora con una explicación alternativa que se ofrece en cambio sin lagunas ni cautelas, recibiendo así un tratamiento ostensiblemente diferente respecto de la teoría evolutiva. En otras palabras, el comunicado está redactado sobre un falso dilema, muy similar al que el tribunal del caso *McLean v. Arkansas Board of Education* calificó, en 1982, cual táctica creacionista carente de toda base científica o finalidad educativa legítima, pues sólo admite dos explicaciones para los orígenes de la vida y la existencia del ser humano, los animales y las plantas; o bien son la obra de un creador, o no lo son. La sentencia del caso *McLean* afirma literalmente que “*El intento de enseñar ‘ciencia de la creación’ y ‘ciencia de la evolución’ [...] es idéntico a la propuesta del doble modelo expuesta por el Instituto para la Investigación sobre la Creación, y está tomado prácticamente al pie de la letra de sus obras. Es*

una prolongación de la concepción de los fundamentalistas, según la cual alguien debe, o bien aceptar la interpretación literal del Génesis, o bien creer en el sistema evolucionista sin dioses.” (Loc. cit., 529 F. Supp. en 1266). Como el Tribunal de Apelación del Quinto Circuito sentenció en el caso *Freiler v. Tangipahoa Parish Board of Education* (1999), la “lectura de una declaración que no solo desaprueba el respaldo del material educativo, sino que además añade a dicha desaprobación la exhortación a contemplar conceptos religiosos alternativos, implica que el Consejo Escolar fomenta principios religiosos” (185 F. 3d, en 348).

En el cuarto y último párrafo, el juez Jones señala la similitud existente entre el comunicado litigioso y el considerado inconstitucional por el Tribunal del caso *Freiler* recién citado, en dos aspectos clave. Primero, aunque anime a los estudiantes a abrir su mente y a explorar teorías diferentes al evolucionismo, no ofrece ninguna alternativa genuinamente científica, pues la única opción ofrecida, denominada diseño inteligente, es inherentemente religiosa; si, al aceptar la invitación del comunicado, un estudiante imparcial explora *Of Pandas and People* y termina leyendo un texto creacionista, o atiende a su otra sugerencia y discute sobre los orígenes de la vida con sus familiares, puede inferir razonablemente que la concepción favorita del Consejo Escolar es religiosa, y que con esa medida el Consejo pretende fomentar una determinada religión. Segundo, al remitir la discusión sobre el origen de la vida a los estudiantes y a sus familias, este cuarto párrafo desempeña la misma función que cumple el comunicado del citado caso *Freiler*: “recuerda a los escolares que pueden mantener justificadamente las creencias enseñadas por sus padres sobre el tema del origen de la vida.” (Loc. cit., en 345). Con ello, contrariamente a su presunta intención, el comunicado reprime el pensamiento crítico que el estudio de la teoría evolutiva podría promover, protegiendo una cierta concepción religiosa de lo que el Consejo Escolar considera una amenaza.

Sin embargo, para concluir que el comunicado litigioso transmitiría a un estudiante

imparcial un contundente mensaje de respaldo religioso, además de valorar su contenido textual, el juez Jones también analizó su propia presentación ante los estudiantes, concretada en una intromisión específica que los administradores escolares realizaron en las clases de ciencias naturales para repartirlo. El tribunal destacó tres hechos al respecto.

En primer lugar, al negarse el profesorado a leer el comunicado, los administradores escolares fueron compelidos por el Consejo Escolar a intervenir *ad hoc* en las clases de ciencias naturales para distribuirlo: por el contrario, una vez más, a esos mismos estudiantes nunca les fue repartido ningún tipo de comunicado sobre ningún otro tema de cualquier asignatura del plan académico. Por ello, el tribunal concluyó que un estudiante espectador imparcial apreciaría que el mensaje del comunicado comporta una connotación especial, pudiendo discurrir además que los administradores lo leyeron porque los profesores de Biología rehusaron hacerlo, sobre el trasfondo de que estaban ética y legalmente desautorizados para camuflar una creencia religiosa como ciencia —así ocurrió de hecho, según se verá más adelante—, a partir de lo cual podrían concluir que, con dicha maniobra, el Consejo Escolar estaba defendiendo en la clase de Biología una concepción religiosa determinada.

En segundo lugar, al presentar el comunicado ante los estudiantes, los administradores incluyeron, en el texto previamente aprobado por el Consejo, unas líneas según las cuales, “no habrá ninguna otro debate al respecto, y vuestros profesores no responderán preguntas sobre esta cuestión”. Siguiendo la declaración del perito en Pedagogía, el Dr. Alters, el juez Jones entendió que un espectador estudiante razonable podría concluir que el diseño inteligente es un tipo de “ciencia oculta que, al parecer, los estudiantes no pueden discutir con su profesor de ciencias naturales”; lo cual el perito consideró pedagógicamente muy perjudicial, pues así los estudiantes perciben que el diseño inteligente, materia hacia la cual les orienta el comunicado, es tan sumamente delicada o conflictiva que ni ellos ni sus profesores pueden debatirla.

Por último, un tercer y decisivo aspecto concerniente a la presentación del comunicado es el rasgo de la denominada ‘opción de inhibirse’, según la cual, aquellos estudiantes que no quieran recibirlo, por decisión propia o parental, pueden inhibirse del mensaje inde-seado. El juez Jones también se avino en este punto a la declaración pericial del pedagogo Alters, para quien esta opción de inhibirse añade morbosidad, pues magnifica la importancia del comunicado ante los estudiantes; es más, al plantear la disyuntiva entre plegarse a una enseñanza religiosa patrocinada gubernamentalmente o abandonar el aula de la escuela pública, transmite un claro mensaje a los estudiantes “*que no son correligionarios, de que están marginados y no son miembros plenos de la comunidad política*”, parafraseando el fragmento antes transcrito de la sentencia recaída en el caso *Lynch v. Donnelly* de 1984.

Por tales motivos, y dadas las circunstancias del caso *Kitzmiller*, el juez Jones entendió que un estudiante imparcial comprendería perfectamente que el Consejo defendió el cambio en el plan académico y la divulgación del comunicado por motivos religiosos, en términos religiosos, y para el fomento de una agenda religiosa. Adicionalmente, admitió que el estudiante imparcial informado sobre los antecedentes de la oposición religiosa a la evolución, advertiría que las decisiones del Consejo en materia de diseño inteligente entroncan con dicha tradición, citando a colación la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Santa Fe Independent School District v. Doe* (2000), cuando presupuso que “*todo estudiante de la Escuela Superior de Santa Fe sabe perfectamente*” que la medida de la escuela del distrito versaba sobre oración, y no sobre el derecho a la libertad de expresión del estudiante como alegó el Consejo, estableciendo además esta presunción sobre el principio de que la tradición y la ubicuidad del rezo en la ceremonia de graduación, “*constituye parte del contexto en el cual un espectador razonable valora si una práctica gubernamental litigiosa transmite un mensaje de respaldo a la religión*” (*Loc. cit.*, 530 U. S. en 315). Más aún, el contexto histórico cuyo conocimiento

se presume al estudiante imparcial, constituyó un factor clave para que el Tribunal Supremo declarara inconstitucional, en el caso *Edwards v. Arkansas* de 1987, la denominada ley de tratamiento equilibrado, estableciendo que, “[al margen] *de cualquier posible tema científico enseñado en la escuela pública, el legislador opta por condicionar la enseñanza de la única teoría científica que ha sido históricamente combatida por ciertas sectas religiosas*” (*Loc. cit.*, 482 U. S. en 593.); y admitiendo que un estudiante imparcial apreciaría que, calificar la evolución como teoría y no como hecho, constituye una de las más recientes y conocidas estrategias mediante las cuales los antievolucionistas religiosamente inspirados pretenden adulterar la enseñanza de la evolución.

En definitiva, el comunicado litigioso singulariza la teoría evolutiva con un tratamiento especial, falsea su estatus epistemológico en la comunidad científica, provoca sin justificación científica las dudas del estudiante sobre su validez, propone a los estudiantes una perspectiva religiosa enmascarada como teoría científica, les orienta a consultar un texto creacionista como si se tratara de una fuente científica y les instiga a renunciar a la investigación científica en las aulas de la escuela pública, e incluso a rastrear formación religiosa en otro lugar. Apoyándose en la declaración pericial de los Doctores Alters y Miller, el juez Jones estimó que introducir el diseño inteligente en las clases de Biología permite instalar la religión en ellas, difundiendo entre los estudiantes la disyuntiva entre una ciencia filodeísta, única en la mención explícita a un diseñador inteligente, y la “otra ciencia”, la evolución, agnóstica o desvinculada respecto de todo posicionamiento religioso. Reaparece así el falso dilema prohibido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y antes citada, pues, como testificó el Dr. Miller, con ello el comunicado “*Dice a los estudiantes [...] explícitamente; ‘Elige a Dios del lado del diseño inteligente o al ateísmo del lado de la ciencia’*”, obligando así la disyuntiva entre Dios y la ciencia, opción sobre la cual el Tribunal Supremo prohibió que los estudiantes fueran constreñidos a elegir.

### b') Espectador imparcial ciudadano

Aunque el comunicado fue leído ante estudiantes que cursaban noveno curso de Biología, el Consejo defendió públicamente su decisión de cambiar el plan académico, convirtiendo así a toda la villa de Dover en la atenta audiencia de su mensaje. Según la práctica jurisprudencial aplicable, cuando así sucede, el espectador razonable es un miembro de la comunidad adulto, imparcial e informado, incluso aunque la acción litigiosa se dirija sólo a parte de la comunidad, pues la jurisprudencia aplicable requiere atisbar, allende la audiencia directa pretendida por la administración, hacia el público en general. De lo contrario, la administración quedaría legitimada para patrocinar la religión simplemente declarando que los únicos destinatarios de su decisión son los correligionarios de la creencia apoyada. Consiguientemente, el juez John E. Jones III procedió a analizar la secuencia de hechos mediante los cuales el Consejo divulgó entre la comunidad de Dover sus decisiones adoptadas en materia de diseño inteligente.

En primer lugar, el Consejo concitó a los habitantes de Dover para debatir la inclusión del diseño inteligente en el plan académico de Biología, tal y como lo había aprobado en sus propias asambleas públicas. Todavía más significativo, en febrero de 2005, remitió una hoja informativa a todos los hogares de Dover, literalmente, *“creada para contribuir a explicar los cambios en el plan de estudios de Biología”*. En apenas un año el Consejo expidió cuatro hojas informativas por el distrito, y en febrero de 2005 votó unánimemente la divulgación masiva de un boletín informativo específico, el cual se remitió postalmente en febrero de 2005 a todos y cada uno de los hogares de Dover. Con ello, incluso quienes carecen de descendencia, nunca acudían a las asambleas del Consejo ni se preocupaban por la política académica, fueron convertidos en la atenta audiencia del anuncio del Consejo sobre su patrocinio de una concepción religiosa. Como remata irónicamente el juez Jones, *“el boletín informativo de febrero de 2005 supuso un formidable discurso propagandístico, el cual logró*

*avisar a los pocos residentes que hasta entonces no estaban al día, que una tormenta de fuego sobre diseño inteligente había estallado en Dover.”* Para el juez Jones, un miembro adulto e imparcial de Dover contemplaría este envío postal como un agresivo panfleto destinado a denigrar la teoría de la evolución y a defender el diseño inteligente, pues sugiere que los científicos interpolan añagazas y doble lenguaje en la teoría evolutiva, proclama que el diseño inteligente es una teoría equiparable a la evolución y a otras teorías científicas, y denigra la teoría evolutiva, al calificarla de obsoleta, no verificada y portadora de implicaciones ateas.

El juez Jones también consideró probado que el Consejo asignó a los padres un papel especial respecto a su difusión, por cuanto les remitió una carta preguntándoles *“si alguno tiene algún inconveniente con la lectura [del comunicado]”*, e invitándoles a decidir si permitían a sus hijos permanecer en la clase y escuchar el mensaje religioso, o por el contrario, les ordenaban abandonar el aula. Desde el momento en que los padres deben autorizar a sus hijos a participar en una actividad escolar, el Tribunal Supremo ha establecido que constituyen entonces la audiencia relevante a efectos del respaldo, como en el caso *Good News Club v. Milford Center School* (2001), según cuya sentencia, *“Los padres constituyen la audiencia relevante para determinar si la presencia del club extraescolar Biblia en la escuela pública elemental transmite un mensaje de respaldo religioso, puesto que los padres tienen que autorizar a sus hijos a participar en él”* (533 U. S. en 115); en concordancia con el caso *Rusk v. Crestview Local School District* de 2004 (379 F.3d 418 y 421), en cuya sentencia el Tribunal del Sexto Circuito coincidió en que *“Los padres constituyen la audiencia de los folletos distribuidos a los alumnos de la escuela elemental, porque los padres deben autorizar a sus hijos a participar en las actividades anunciadas”*. Igual sucede a la inversa; cuando los padres deben decidir si deniegan su permiso a sus hijos para que participen en una actividad académica o extraescolar, continúan siendo la audiencia relevante al valorar si el gobierno transmite un mensaje favorable a la religión.



Establecida la condición de los padres como audiencia relevante, el juez Jones también entendió presumible que un miembro adulto e imparcial de la comunidad de Dover advertiría que la enseñanza de las presuntas carencias y problemas de la teoría evolucionista, y la promoción del diseño inteligente como alternativa científica plausible a la misma, constituyen estrategias creacionistas, por lo cual advertiría que la maniobra emprendida por el Consejo Escolar para introducir la hipótesis del diseño inteligente en las clases de Biología constituye un respaldo a una concepción religiosa. Y basó su valoración al respecto en los motivos siguientes.

Primero, la afirmación del comunicado de que el evolucionismo “*es una teoría... no un hecho*”, tiene el significado que expuso el Tribunal del caso *Selman v. Cobb County School District* (2005), en cuya sentencia puede leerse: “[si] *la evolución [es] calificada como teoría o como hecho es... una cuestión tendenciosa con trasfondo religioso*”, que refleja “*un pertinaz debate entre los defensores de la evolución y los partidarios de las teorías religiosas sobre el origen*”. Esta es “*una de las últimas estratagemas empleadas por los antievolutionistas con motivos religiosos para adulterar la enseñanza de la evolución*”. Por ello, se presume que un espectador razonable conoce el significado social del deliberado juego de palabras “teoría-no-hecho”, y “*percibiría que el Consejo Escolar se alinea con partidarios de las teorías religiosas sobre el origen*”, y con ello, “*transmite a quienes apoyan la evolución que son marginados políticos, mientras transmite a los fundamentalistas cristianos y a los creacionistas partidarios del comunicado, que están políticamente integrados*” (390 F. Supp. 2d en 1304 y 1307-8, citando el caso *Edwards v. Arkansas*, 482 U. S. en 624).

Segundo, el Consejo denigra la teoría evolutiva, acusándola de insuficiencias, problemas e inadecuado sustrato empírico. Al excluir la única teoría científica que a lo largo de la historia ha sido obstada por ciertas sectas religiosas, el Consejo transmite el mensaje de que, según su consideración, “*existe algún problema específico con la evolución*”, y “[en] *vista del re-*

*chazo histórico de la evolución por los fundamentalistas cristianos y los creacionistas [...] el espectador razonable e informado podría inferir que el problema del Consejo Escolar con la evolución es que la evolución no admite un creador*” (Loc. cit. en 1390).

Tercero, el juez Jones consideró obvio que toda la comunidad de Dover terminó complicada en la controversia sobre diseño inteligente. Las actuaciones del Consejo Escolar, desde junio de 2004 hasta que aprobó el cambio en el plan académico, fueron convenientemente publicadas en artículos periodísticos de dos diarios locales, el *York Daily Record* y el *York Dispatch*. La mayoría de demandantes declararon no haber asistido a las asambleas del Consejo anteriores a la modificación del plan de estudios, y haber conocido sus actuaciones sólo tras leer acerca de las mismas en los artículos de los periódicos locales. Posteriormente, las noticias publicadas en la prensa de York fueron subseguidas de numerosas cartas al director y editoriales, presentando los demandantes hasta un total de 225 cartas al director y 62 editoriales, publicados por los periódicos citados durante el plazo transcurrido entre las reuniones del Consejo en las que se anunció el proyecto de modificación del plan de estudios de Biología, hasta aproximadamente la fecha inaugural del juicio *Kitzmiller*. Los autores de dichas cartas al director y editoriales plantearon la cuestión en términos religiosos expresos en 148 y 98 ocasiones respectivamente. Todo este material probatorio extraído de la prensa local muestra que cientos de personas —Dover es una localidad rural con unos 20.000 habitantes—, estimaron necesario publicar sus opiniones sobre la cuestión juzgada para que la comunidad las conociera. Es más, todos y cada uno de los editoriales y las cartas revelan que sus autores asumían que el diseño inteligente es un concepto inherentemente religioso, y que contemplaban su incorporación al plan de estudios de Biología de la escuela superior como una medida que implicaba una concepción religiosa; y por tanto, que la modificación del plan académico tuvo el efecto de colocar el imprimátur oficial sobre la concepción religio-

sa favorita del Consejo. Ello demuestra que los habitantes de Dover percibieron las maniobras del Consejo para promover la religión, con numerosos ciudadanos alineados, bien a favor del cambio en el plan académico por motivos religiosos, bien contra el mismo sobre la base de que la religión no debería jugar papel alguno en la asignatura de ciencias naturales impartida en la escuela pública. En consecuencia, el juez Jones entendió que las cartas y los editoriales evidenciaban la opinión social colectiva de la comunidad de Dover sobre el cambio del plan de estudios, y constituían un elemento de juicio apropiado para valorarla. Pues mostraban que, pese a las opiniones favorables o desfavorables del público hacia la modificación en el plan académico, la comunidad —y por ende, el espectador imparcial que la personifica— pudo apreciar que las medidas del Consejo sobre diseño inteligente fomentaban la religión y respaldaban con fuerza una concepción religiosa particular. Y ello siguiendo otra vez de cerca la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual, en el caso *Epperson v. Arkansas* (1968), citó expresamente tres cartas al director publicadas en un periódico local —*Arkansas Gazette*—, y las admitió como prueba para fundamentar su conclusión de que “*la sectaria convicción fundamentalista era, y es*”, la razón por la cual Arkansas promulgó su prohibición legal contra la enseñanza de la evolución en la escuela pública, pues evidenciaban que la gente “*teme que la enseñanza del evolucionismo pudiera ser subversiva del cristianismo*”, y provocar que los alumnos “*menospreciaran la Biblia*” (*Loc. cit.*, 393 U. S., en 108 n. 16).

## B) PRESUNCIÓN PROBATORIA LEMON: LOS INDICADORES “EFECTO” E “INTENCIÓN”

Según reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, la presunción probatoria Lemon, una medida gubernamental vulnera la cláusula de aconfesionalidad derivada de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos si:

1º Carece de un propósito secular.

2º Su primer o principal efecto es fomentar o inhibir la religión.

3º Crea una connivencia excesiva del gobierno con la religión.

Véanse los casos *Lemon v. Kurtzman* (1971) —estableciendo la filosofía y requisitos de la presunción probatoria Lemon—, *Epperson v. Arkansas* (1968) —considerando el propósito y el efecto directo de una ley de Arkansas prohibitiva de la enseñanza de la evolución en la escuela pública—, y *Edwards v. Arkansas* (1987) —aplicando la prueba Lemon para derogar la denominada ley creacionista de Louisiana. Ello sin olvidar que la presunción probatoria Lemon es disyuntiva; por lo cual, no es necesario el concurso simultáneo de los puntos indicados; un propósito impropio, un efecto impropio o una connivencia excesiva, por separado, ya infringen la cláusula de aconfesionalidad. Por ello, el juez John Jones analizó si las medidas adoptadas por el Consejo Escolar demandado tuvieron el propósito primario de favorecer la religión, o el efecto primario de promoverla.

### a) Indicador de la intención

Permite elucidar si el Consejo manifestó favoritismo hacia la religión en general, o hacia alguna clase de creencias religiosas en particular. Véase, por ejemplo, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *County of McCreary v. American Civil Liberties Union of Kentucky* (2005), según la cual, “*La piedra de toque de nuestro análisis es el principio, ‘La primera enmienda impone la neutralidad gubernamental entre religión y religión, y entre religión y no religión’. Cuando la administración actúa con el ostensible y principal propósito de impulsar la religión, vulnera el valor central de la cláusula de aconfesionalidad sobre la neutralidad religiosa del gobierno, no existiendo neutralidad cuando el objetivo palmario de la administración es tomar partido*”. (125 S. Ct., en 2733; citando el caso *Epperson v. Arkansas*, 393 U. S. en 104). Como el Tribunal Supremo dictaminó en el caso *Edwards v. Arkansas* (1987), en la presunción probatoria Lemon el indicador de la intención, “*indaga si la verdadera intención del*

gobierno es respaldar la religión o desaprobala. La intención gubernamental de promover la religión se evidencia cuando el Estado promulga una ley atendiendo a un propósito religioso". Pero además, indagar la intención requiere valorar si la conducta o acción litigiosa, ilustrada por su contexto y por sus antecedentes legislativos recientes —en este último caso, incluyendo los anteriores y presentes intentos religiosamente inspirados—, impulsa el creacionismo y a la vez denigra la evolución.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto es copiosa. Véanse, a título de ejemplo, sus pronunciamientos emitidos en los casos *Epperson v. Arkansas* (1968) y *Edwards v. Arkansas* (1987): en éste último puede leerse cómo el Tribunal Supremo, además del “mero significado del texto, ilustrado por su contexto y por los antecedentes legislativos coetáneos”, indaga también la intención del legislador en “el contexto histórico, y la secuencia específica de acontecimientos conducentes a [su] aprobación” (482 U. S., en 590-92, 594-95). Y por lo referente a sentencias emitidas por tribunales de rango inferior, pero con cita directa y expresa de los precedentes establecidos por el Tribunal Supremo para fundamentar jurídicamente cuestiones idénticas o análogas, véanse las dictadas por el Tribunal del Distrito Norte de Georgia en el caso *Selman v. Cobb County School District* (2005), y así mismo, por el Tribunal del Distrito Este de Arkansas en el caso *McLean v. Arkansas Board of Education* (1982), atendiendo a la historia del fundamentalismo cristiano a nivel nacional y al “largo historial de la oposición oficial a la evolución, motivada por la adhesión a las creencias del Fundamentalismo”, y sosteniendo que, “[para] determinar la intención del legislador con una norma, los tribunales deben considerar la evidencia del contexto histórico de la Ley, la secuencia específica de acontecimientos conducentes a la aprobación de la Ley, las desviaciones del procedimiento ordinario, las desviaciones sustanciales de lo habitual, y las declaraciones coetáneas del ponente del proyecto de ley.” (529 F. Supp., en 1263).

Según el juez John Jones, el lenguaje textual del comunicado, los antecedentes legislativos

y el contexto histórico en el cual fueron adoptadas las medidas litigiosas, conducen a concluir que el Consejo Escolar modificó conscientemente el plan académico de Biología para promover la religión. El juez consideró sobradamente probado que su verdadero propósito era promover el creacionismo, tanto solapándolo bajo la etiqueta de diseño inteligente, como desprestigiando la teoría evolutiva, para que comparativamente el creacionismo ganara credibilidad como la única alternativa plausible. Pero además, valoró especialmente que el Consejo en ningún momento del juicio logró demostrar que actuara motivado por un propósito secular válido: aunque sus letrados alegaron que el cambio en el plan académico de Biología fue votado por el motivo secular de mejorar la enseñanza científica y ejercitar las habilidades propias del pensamiento crítico entre los estudiantes, para el juez Jones esta posición es absolutamente irreconciliable con el resultado de las diligencias probatorias, y por tanto sus intenciones declaradas constituyeron una patraña. Pues, según dictaminó el Tribunal Supremo en el caso *Edwards v. Arkansas* (1987) —citando el caso *Wallace v. Jaffree* (1985)—, aunque los tribunales deban ser “en general respetuosos con la articulación por parte del Estado de un propósito secular, se requiere que la declaración de dicho propósito sea sincera y no fingida”. Por ello, John E. Jones III resolvió que el propósito secular proclamado por el Consejo Escolar representó sólo un pretexto de su auténtica intención, consistente en promover la religión en el aula de la escuela pública, infringiendo con ello la cláusula de aconfesionalidad derivada de la primera enmienda a la Constitución.

## b) Indicador del efecto

En el caso *Texas Monthly, Inc. v. Bullock* (1989), el Tribunal Supremo delimitó con nitidez cómo valorar la aplicabilidad del indicador de efecto en la presunción probatoria Lemon: “La idea central subyacente al requisito [de que] [...] ‘el primer o principal efecto [de una actuación gubernamental] [...] no impul-

*se ni inhiba la religión, no significa sólo que las autoridades no deban ser abiertamente hostiles a la religión, sino también que no deben poner su prestigio, su potestad coercitiva ni sus recursos, al servicio de una confesión religiosa específica ni de las creencias religiosas en general, compeliendo al no simpatizante a tolerar sus prácticas, haciendo proselitismo a favor de organizaciones religiosas o transmitiendo el mensaje de que, quienes no colaboran gustosamente, son miembros de la comunidad capitidismuidos.” (489 U. S. 1. 9).*

Puesto que el indicador del efecto de la presunción probatoria Lemon abarca en su mayoría el mismo ámbito que la presunción probatoria del respaldo, la sentencia retoma en esta sede las constataciones fácticas y conclusiones legales obtenidas según el anterior análisis del respaldo, en concordancia con la jurisprudencia del Tercer Circuito —correspondiente al Tribunal de Distrito del juez Jones—, al reconocer la relación entre las presunciones probatorias del respaldo y Lemon, y considerarlas indagaciones distintas a aplicar sucesivamente.

En la sentencia, el análisis de los efectos producidos por las medidas litigiosas adoptadas por el Consejo recorre estos aspectos. Tras aprobarse la modificación del plan académico de Biología, se encargó al Superintendente Adjunto del Consejo preparar un comunicado —el litigioso y antes transcrito—, que sería leído a los estudiantes antes de iniciar el tema sobre la evolución: al conocerlo, los profesores de ciencias naturales remitieron una nota informativa al Consejo solicitando quedar exentos de su lectura. Pero la labor divulgativa del Consejo sobre diseño inteligente no terminó con imponerlo a los estudiantes y profesores de Biología del noveno curso, pues además, como se ha indicado, en febrero de 2005 remitió una carta abierta a toda la comunidad de Dover preparada en colaboración con el *Thomas More Law Center* —bufete célebre por su activismo en pro del fundamentalismo cristiano—, sin olvidar la presentación sobre diseño inteligente realizada por el Profesor Behe ante los ciudadanos de Dover a petición del Consejo. Por otra parte, una vez sentado que el diseño inteligente no constituye ciencia,

para el juez Jones resulta ineludible concluir que el efecto de las medidas adoptadas por el Consejo sobre diseño inteligente fue impulsar la religión. Además, el comunicado leído a los estudiantes, al sugerir que la teoría evolutiva es defectuosa incluso en el ámbito científico, reforzó implícitamente las teorías religiosas alternativas sobre el origen. Por último, el texto del comunicado desautoriza el material educativo de apoyo, y yuxtapone tal desaprobación con una exhortación a contemplar conceptos religiosos alternativos, por lo cual implica el pláacet del Consejo Escolar a los principios religiosos.

Y por lo referente a los perjuicios directos causados a los demandados, para el juez Jones sus abogados lograron demostrar el daño ocasionado por las medidas del Consejo Escolar sobre diseño inteligente en sus hijos, en sus familias y en ellos mismos. Siendo el diseño inteligente un concepto inherentemente religioso, estimó que incluirlo en el plan académico de ciencias naturales interfiere en el derecho de los demandantes a enseñar la religión a sus hijos. Además, gracias a las acciones del Consejo, las creencias religiosas de sus hijos fueron cuestionadas, se produjeron conflictos en el seno de la respectiva unidad familiar y se generalizó la discordia entre toda la comunidad de Dover. Adicionalmente, John Jones estimó en su sentencia que, tanto los miembros del Consejo como los profesores opuestos a modificar el plan de estudios y a aplicar dicha modificación, fueron después acosados por ello directamente mediante reiterados y flagrantes episodios de acoso laboral o *mobbing*.

### 3. LA HIPÓTESIS DEL DISEÑO INTELIGENTE, ¿CIENCIA O RELIGIÓN?

#### A) ¿ES RELIGIÓN?

##### a) Propensión religiosa

John Haught, perito en Teología propuesto por los demandantes y autor de diversos libros

sobre evolución y religión, expuso en el juicio que el diseño inteligente no es un argumento científico nuevo, sino más bien un vetusto argumento religioso en favor de la existencia de Dios remontable hasta el siglo XIII con Tomás de Aquino, aunque a principios del siglo XIX fue reelaborado por el Reverendo Paley. Los propios profesores Behe y Minnich, peritos de la defensa, admitieron que su argumento sobre el diseño inteligente, basado en las nociones de “intencionada coordinación de partes” y “complejidad irreducible”, coincide con el construido por Paley acerca del diseño, salvo que la formulación de aquéllos no reconoce expresamente a Dios como diseñador. Cuestión esta de índole menor, pues como declaró el Dr. Haugh, quien conozca el pensamiento religioso del Oeste de Estados Unidos, inferirá inmediatamente que el diseñador tácitamente aludido es Dios, y que su descripción en *Of Pandas and People* equivale a una mente suprema, fuertemente sugerente de una deidad sobrenatural y antitética de cualquier agente inteligente conocido existente en el mundo natural. Por si restaba alguna duda, los propios profesores Behe y Minnich admitieron expresamente que en su opinión ese diseñador es Dios, y además el profesor Minnich testificó comprender que muchos destacados partidarios del diseño inteligente así lo creyeran. De hecho, ningún miembro del movimiento para el diseño inteligente ha propuesto una alternativa plausible a Dios como agente diseñador, y por ello la pregunta retórica de *Of Pandas and People*, —“¿Qué clase de agente inteligente fue [el diseñador]”—, y su respuesta, —“Sobre esto la misma Ciencia no puede contestar la cuestión. Debe dejarse a la Religión y a la Filosofía”—, conceden explícitamente que el diseñador inteligente opera allende las leyes de la naturaleza y de la ciencia.

Muchos otros partidarios del diseño inteligente plantean su hipótesis como un argumento religioso que señala como diseñador al Dios cristiano. En su libro *Creationism's Trojan Horse*, la Dra. Bárbara Forrest, perita en el juicio propuesta por los demandantes, proporcionó un sinnúmero de declaraciones de los lí-

deres del movimiento para el diseño inteligente que revelan cuál es el auténtico contenido religioso y filosófico de su hipótesis, incluyendo las de Phillip Johnson, William Dembski y Charles Thaxton. Por su parte, el profesor Michael Behe declaró que la plausibilidad del argumento central de la hipótesis del diseño inteligente depende del grado con el cual se cree en la existencia de Dios. Tras admitir estas declaraciones y testimonios, el juez Jones consideró que contribuían a demostrar que la hipótesis del diseño inteligente constituye un discurso religioso y no científico. Pero además, el juez valoró al efecto el denominado Informe *Wedge*, elaborado por el Centro del Instituto *Discovery* para la Renovación de la Ciencia y la Cultura, el cual describe, desde una perspectiva interna, que los objetivos del movimiento para el diseño inteligente son, entre otros, “rechazar al materialismo científico y su destructivo legado moral, cultural y político”, y “reemplazar las explicaciones materialistas con la concepción teísta de que la naturaleza y los orígenes del ser humano fueron creados por Dios”. El juez Jones también consideró obvia la naturaleza religiosa del diseño inteligente porque involucra un diseñador sobrenatural, circunstancia que en el caso *Edwards v. Arkansas* (1987) condujo al Tribunal Supremo a resolver que este rasgo excluye al creacionismo del ámbito de la ciencia y lo define como un discurso religioso. Por último, el libro *Of Pandas and People* hacia el cual son orientados los estudiantes, distingue entre causas naturales e inteligentes para explicar la creación, y afirma que éstas últimas están más allá de la naturaleza. Recuérdese, el Profesor Haught, perito en Teología, testificó en el juicio que, en la tradición del Oeste de los Estados Unidos, las causas no naturales se integran bajo las explicaciones religiosas últimas, testimonio coincidente con el de Robert Pennock, perito de los demandantes en Filosofía de la Ciencia. Y también la conclusión de ambos; debido a su tesis básica —un ser trascendente, inmaterial e innatural produce los fenómenos naturales—, la hipótesis del diseño inteligente constituye un discurso religioso, aunque no se le asigne etiqueta religiosa explícita.

## b) Variante del creacionismo

Establecida la prueba sobre la propensión religiosa de la hipótesis del diseño inteligente, el juez Jones procedió a valorar si un espectador imparcial, adulto o menor de edad, quien está al tanto de la historia y del contexto social de la comunidad, apreciaría o no al diseño inteligente como variante del creacionismo. Consideró que la genealogía literaria de *Of Pandas and People* constituye la prueba más contundente a favor de la naturaleza creacionista del diseño inteligente. No sólo porque fue escrito por Kenyon y Davis —ambos creacionistas reconocidos—, en colaboración con Nancy Pearcey —miembro de *Young Earth Creationist*—, y porque fue publicado por la *Foundation for Thought and Ethics* —asociación descrita expresamente en sus estatutos fundacionales e inscripción registral como organización religiosa cristiana. También, y en particular, por las expurgaciones que sus autores realizaron al texto original inmediatamente después de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Edwards v. Arkansas* (1987), según la cual, como se indicó, la ciencia de la creación es religión, estableciendo además que la Constitución prohíbe enseñar el creacionismo como ciencia en las clases de ciencias naturales de la escuela pública. Al cotejar los borradores de *Of Pandas and People* anteriores y posteriores al caso *Edwards v. Arkansas* de 1987, el tribunal consideró muy significativos dos puntos para valorar su condición como variante del creacionismo. Primero, las definiciones ‘ciencia de la creación’ y ‘diseño inteligente’ son idénticas e intercambiables; segundo, las palabras derivadas de ‘creación’ —como ‘creacionismo’ y ‘creacionista’—, repetidas unas 150 veces en el texto, son sustituidas deliberada y sistemáticamente por la locución ‘diseño inteligente’. Para el juez Jones, con tales modificaciones se realizó un intencional cambio de palabras sin intención alguna de cambiar los contenidos del libro.

El tribunal valoró además que los argumentos empleados por la hipótesis del diseño inteligente son idénticos a los aducidos en defensa del creacionismo, o bien exageradamente

similares, excepto en una diferencia elocuente: los términos ‘Dios’, ‘creacionismo’ y ‘Génesis’, han sido expurgados y reemplazados sistemáticamente por un innominado ‘diseñador’. En la misma línea, al realizar su peritación, el Dr. Forrest demostró las flagrantes coincidencias entre los argumentos creacionistas y los del diseño inteligente, en particular respecto al rechazo del naturalismo, a la amenaza del evolucionismo hacia la cultura y la sociedad, a la aparición abrupta implicada en la creación divina, a la alegación de las mismas lagunas sobre el registro fósil, a la aducida incapacidad de la ciencia para explicar cierta información biológica como el ADN, y a la afirmación de que la complejidad irreducible observada en el flagelo bacteriano confirma el creacionismo. Sin olvidar además otras coincidencias estratégicas, como la intención de impartir docencia sobre una alternativa científica al evolucionismo para mostrar sus fortalezas y debilidades, la advertencia expresa a los estudiantes acerca de una supuesta controversia sobre la teoría evolutiva en la comunidad científica o el acogimiento de creacionistas en el movimiento para el diseño inteligente, urgiéndoles a posponer, en aras del interés común, su debate interno en cuestiones menores como la antigüedad de la Tierra.

Tras calificar de irresistible esta prueba, el tribunal consideró probado que el diseño inteligente es creacionismo reformulado, y dictaminó que, a partir del hecho de que *Of Pandas and People* propone una inteligencia suprema como artífice del diseño, un espectador imparcial, adulto o menor de edad, concluiría sin dificultades que ese diseñador inteligente es Dios.

## B) ¿ES CIENCIA?

Revisado concienzudamente el expediente y la jurisprudencia aplicable, el juez Jones concluyó que el diseño inteligente no satisface el estatus epistemológico de la ciencia, quebrando sus requerimientos mínimos al menos en cinco aspectos, desarrollados a continuación. Además, consideró como elemento de juicio

importante para valorar su científicidad, el hecho de que el diseño inteligente no ha sido aceptado por la comunidad científica, no ha generado publicaciones contrastadas por expertos, ni ha sido objeto de investigación científica rigurosa. Por lo demás, el juez Jones recurrió a la *National Academy of Sciences*, reconocida por los peritos de ambas partes como la asociación científica más prestigiosa del país, para demarcar en qué consiste un discurso científico. Según su dictamen pericial, *“La ciencia constituye un tipo de conocimiento particular sobre el mundo. En ciencia, las explicaciones quedan restringidas a aquello que puede inferirse a partir de datos comprobables —resultados obtenidos mediante observaciones y experimentos que pueden ser reproducidos por otros científicos. Cualquier cosa que pueda ser observada o medida, es susceptible de investigación científica. Las explicaciones que no pueden basarse en evidencia empírica, no forman parte de la ciencia”*. (Kitzmiller, p. 66).

a) Vulnera reglas básicas del discurso científico. Según mostró el principal perito de los demandantes, el Dr. Miller, el riguroso apego a las explicaciones naturales es un atributo esencial de la ciencia. Esto excluye explicar los fenómenos observados mediante causas y fuerzas que acontecen fuera del mundo natural, como propone *Of Pandas and People*, el cual además defiende abiertamente que las especies animales no se transforman mediante mecanismos evolutivos consustanciales a la naturaleza, sino que fueron creados abruptamente por un diseñador no natural. El juez Jones recuerda que, tanto el Tribunal Supremo en el caso *Edwards v. Arkansas* (1987), como el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Arkansas en el caso *McLean v. Arkansas Board of Education* (1982), calificaron este planteamiento como inherentemente religioso. Además, el juez Jones admitió como prueba el dictamen sobre la hipótesis del diseño inteligente emitido por dos entidades; la ya citada *National Academy of Sciences*, y la *American Association for the Advancement of Science*, la organización de científicos más nutrida de Estados Unidos, según la cual el diseño

inteligente *“no ha propuesto un procedimiento científico para verificar sus postulados”*; *“[...] la quiebra de la garantía científica por la presunta teoría del diseño inteligente, la convierte en impropia de integrar la enseñanza de la ciencia”*.

b) La noción de “complejidad irreducible” se basa en un falso dilema: “Todo aquello que refuta la teoría evolucionista confirma el diseño inteligente”. Para delimitar los parámetros de la jurisprudencia aplicable, el juez Jones recurre de nuevo a la sentencia dictada por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Arkansas en el caso *McLean v. Arkansas Board of Education* (1982), la cual señaló la *“pedagogía falaz de la propuesta de los dos modelos”*, y que, *“en [sus] esfuerzos por presentar ‘prueba’ a favor de la ciencia de la creación, los demandados incurren en las mismas falsas premisas que la propuesta de los dos modelos [ , es decir,] toda prueba que desautoriza la teoría evolucionista constituye prueba en apoyo de la ciencia de la creación”* (*Loc. cit.*, 529 F. Supp en 1267 y 1269). Esto conlleva que los partidarios del diseño inteligente arguyan en pro del diseño, simple y exclusivamente, mediante argumentos contrarios a la evolución; planteamiento que John E. Jones rechazó de plano, pues poco antes del fallo puede leerse en la sentencia: *“Tanto los demandados como algunos de los principales partidarios del diseño inteligente parten de un presupuesto cuyo fundamento es completamente falso. Su presuposición consiste en que la teoría evolucionista es antitética de la creencia en la existencia de un ser supremo, y de la religión en general. Durante este juicio, los peritos de los demandantes en ciencias naturales testificaron reiteradamente que la teoría de la evolución constituye ciencia rigurosa, que está abrumadoramente aceptada por la comunidad científica, y que de ninguna manera choca con la existencia de un creador divino ni la contradice.”* (Kitzmiller, p. 136).

c) El argumento del ensamblaje intencional de partes es religioso y no científico. El diseño inteligente en su segundo argumento, éste positivo a favor del diseño y no meramente negativo contra la evolución, gravita sobre el ensamblaje intencional de partes. Como se

indicó más arriba, este argumento reformula a nivel celular el propuesto por el reverendo William Paley en el siglo XIX: con el mismo razonamiento, Minnich y Behe alcanzan idéntica conclusión —los organismos complejos deben haber sido diseñados—, excepto en que ellos no identifican al diseñador, mientras que Paley sí edujo expresamente que era Dios. Sin embargo, el testimonio pericial reveló que este argumento inductivo no es de índole científica. Según el juez, entre los elementos probatorios aportados por los demandados, sólo uno apoya la consistencia de la inferencia del diseño inteligente: el argumento es menos plausible para quienes cuestionan la existencia de Dios y mucho menos plausible para quienes la niegan. En otras palabras, estamos ante un razonamiento de tipo meramente religioso, no científico. Por ello, el juez Jones consideró probado que el presunto argumento positivo propuesto por la hipótesis del diseño inteligente tampoco satisface los principios inherentes a la ciencia, los cuales requieren hipótesis contrastables basadas en explicaciones naturales.

d) Falseamiento de conceptos científicos demostrados. Según la sentencia, la hipótesis del diseño inteligente en general, y *Of Pandas and People* y *Darwin's Black Box* en particular, tergiversan y mistifican conceptos de Biología Evolutiva, Biología Molecular y Genética Molecular, empíricamente demostrados y ampliamente aceptados por la comunidad científica. Para forjar su convicción al respecto, el juez John E. Jones valoró, tanto las declaraciones e informes periciales incorporados al expediente sobre Biología, Química y Paleontología, como la intervención de personas jurídicas con interés directo en la materia e intachable prestigio —los dos ateneos científicos recién citados—, a través de la institución procesal del *amicus curiae* que interpone ante el tribunal un *amicus brief*. Consiguientemente, el juez Jones consideró probado que el libro de texto hacia el cual el Consejo Escolar orientó a los estudiantes con sus decisiones y comunicados sobre diseño inteligente, contiene conceptos obsoletos y ciencia gravemente defectuosa,

como fue reconocido en el juicio incluso por los propios peritos de la defensa.

e) La comunidad científica ha refutado sus argumentos contrarios a la evolución. Entre la prueba presentada, el juez Jones valoró, de una parte, que el dictamen emitido en el proceso por las asociaciones científicas rechazó sistemáticamente el desafío de los partidarios del diseño inteligente a la evolución; de otra, la declaración al respecto del Dr. Miller, perito en Biología propuesto por los demandantes, quien proporcionó un testimonio irrefutable sobre la aceptación mayoritaria de la evolución por la comunidad científica, incluyendo la descendencia común y la selección natural, y sobre su admisión por toda asociación científica seria. Por último, citó expresamente la sentencia dictada por el Tribunal del Distrito Norte de Georgia en el caso *Selman v. Cobb County School District* (2005), según la cual, “la evolución es más que una teoría sobre el origen en el ámbito de la ciencia. Antes bien, la evolución es la teoría científica dominante sobre el origen aceptada por la mayoría de científicos” (*Loc. cit.*, 390 F. Supp. 2d en 1309.). Sin embargo, pese a que la comunidad científica la respalda con abrumadora mayoría, tanto los demandados como los partidarios del diseño inteligente insisten en que la evidencia empírica no apoya la evolución.

En definitiva, si recapituláramos los elementos valorados por el juez Jones acerca de la científicidad del diseño inteligente, deberíamos recordar al menos los siguientes. La hipótesis del diseño inteligente no es ciencia y no puede ser considerada una teoría científica válida y aceptable, pues no se ajusta a la metodología científica de investigación; no ofrece estudios o pruebas científicas acerca de sus hipótesis, ni posibilita su verificación empírica, ni tampoco ha generado artículos en revistas científicas especializadas, y además ha sido rechazada por la comunidad científica. Aún aceptando el argumento de sus partidarios, según el cual divulgar el diseño inteligente entre los estudiantes fortalecería su pensamiento crítico, carece de lugar en un plan académico de ciencias naturales. En consecuencia, la sen-



tencia concluye que un espectador imparcial y razonable alcanzaría la ineludible conclusión de que el diseño inteligente puede ser considerado a lo sumo un argumento teológico interesante, pero nunca ciencia.

#### 4. LA PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Por todo lo expuesto anteriormente, el juez Jones concluyó en su sentencia que, según el Derecho vigente en Estados Unidos, enseñar diseño inteligente, como alternativa a la evolución en las clases de Biología de la escuela pública, es inconstitucional. Para preservar la separación entre Iglesia y Estado, impuesta por la cláusula de aconfesionalidad de la primera enmienda a la Constitución de Estados Unidos y por el artículo 1.3 de la Constitución de Pensilvania, prohibió terminantemente al Consejo Escolar mantener las medidas adoptadas sobre diseño inteligente en ninguna escuela dentro del Distrito Escolar de Dover, exigir al profesorado que desacreditara la teoría científica de la evolución y obligarle a explicar el discurso religioso conocido como diseño inteligente. Además de la mencionada infracción de la cláusula de aconfesionalidad, los demandantes alegaron que las actuaciones del Consejo Escolar demandado, al aplicar sus medidas sobre diseño inteligente, vulneraban sus derechos reconocidos por el artículo 1.3 de la Consti-

tución de Pensilvania. El juez Jones recuerda que el Tribunal Supremo de Pensilvania dictaminó en el caso *Springfield School District v. Commonwealth of Pennsylvania* (1979), que las previsiones del citado artículo 1.3 no excedían las limitaciones de la cláusula de aconfesionalidad derivada de la primera enmienda. Por tanto, con idéntico vigor, aplicó su análisis de las cuestiones planteadas conforme a la constitución federal, a las cuestiones basadas en la constitución estatal; y en consecuencia, apreció un concurso de normas infringidas, considerando que las decisiones adoptadas por el Consejo sobre diseño inteligente también infringían los derechos de los demandados derivados de la Constitución de Pensilvania, por los mismos fundamentos jurídicos que vulneraban la cláusula de aconfesionalidad de la primera enmienda a la Constitución de Estados Unidos. Su fallo constituye una sentencia declarativa de que, según las constituciones de los Estados Unidos y del Estado de Pensilvania, los derechos de los demandantes fueron vulnerados por las acciones del Consejo Escolar. Sus actuaciones, al infringir los derechos civiles de los demandantes conforme los garantiza la Constitución de los Estados Unidos y el párrafo 1983, del título 42, del Código de los Estados Unidos, quedaron sujetas a responsabilidad por la declaración judicial de desagravio, por daños morales, por el valor razonable de la minuta de los letrados de los demandantes y por las costas acarreadas al vindicar los derechos constitucionales lesionados.

#### ADENDAS

*Ad II, 1.1.* La figura del “espectador imparcial” es una elaboración jurisprudencial incorporada al derecho estadounidense a partir de la obra de Adam Smith, sucesiva y paulatinamente desarrollada después por el Tribunal Supremo en diversas sentencias. A. Smith acuña el concepto de espectador imparcial en *Teoría de los sentimientos morales* (1759), y lo sistematiza en *Lecciones sobre jurisprudencia*, conjunto de apuntes de clase tomados por un estudiante durante el curso 1762-63, impartido por aquél en la Universidad de Glasgow como catedrático de Filosofía Moral. El espectador imparcial es una especie de conciencia abstracta y externa, similar al sujeto trascendental kantiano pero en el ámbito de las valoraciones ético-jurídicas. Es decir, se trata de una *factio iuris*, consistente en un sujeto ideal que, dotado del conocimiento necesario sobre la situación, pero a la vez carente de interés alguno en que sea resuelta de una manera determinada, asiste a la realización del hecho juzgado con la suficiente neutralidad, sin pretender inclinar la balanza de la justicia en ningún sentido, y por tanto es idóneo para emitir testimonios y valoraciones no tendenciosas sobre el caso. Smith, cuyo magisterio en sedes de teoría moral y jurídica ha ejercido y ejerce todavía una influencia incuestionable sobre la cultura estadounidense en general, y sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en particular, concibe al espec-

tador imparcial como una suerte de criterio de equidad ético o jurídico asumible por una comunidad dada, y destinado a valorar la corrección o incorrección de ciertos hechos: “*En todos los casos, un castigo parece equitativo a los ojos del resto de la humanidad, cuando es tal que el espectador [imparcial] concurre con la persona ofendida al exigirlo*” (Smith, 1995: 138); es decir, cuando ningún ser humano con sentido moral que asistiera a los hechos juzgados dejaría de coincidir con el veredicto. Su elaboración teórica como criterio ideal de valoración equitativa sobre cuestiones sub iúdice, culmina cuando se invita al juez o tribunal a asumir directa y expresamente la función de espectador imparcial: “*Si el daño es tan grande como para que el espectador pueda estar de acuerdo con el perjudicado en vengarse con la muerte del ofensor, éste es el castigo apropiado, y lo que se ha de demandar por la persona ofendida, o en su lugar, por el magistrado que actúa en el papel de espectador imparcial*” (ibídem). Rol éste cuya responsabilidad, fruto de la influencia debida al jurisperito Adam Smith, el Tribunal Supremo y otros tribunales norteamericanos se han arrogado sin duda en numerosas ocasiones.

*Ad II, 1.2.* Obsérvese, como recuerda el juez Jones citando la jurisprudencia del Tercer Circuito, que un estudiante razonable e imparcial no es un estudiante concreto y real, ni tampoco un agregado de estudiantes reales. Sino, más bien, un estudiante hipotético a quien se atribuye un conocimiento detallado de los antecedentes y del trasfondo del juicio, pero también alguien que interpreta la conducta litigiosa a la luz de dicho conocimiento, con el nivel de desarrollo intelectual que podría alcanzar un niño con la suficiente edad. Véase, por ejemplo, el caso *Child Evangelism Fellowship v. Stafford Township School District* (2004), en cuya sentencia puede leerse: “[Un] espectador razonable, ‘consciente de la historia y contexto de la comunidad y el foro’ podría comprender que [la escuela de distrito] adoptó una política asistencial hacia una amplia gama de grupos de la comunidad, que [el distrito] no desempeña ningún papel al redactar los folletos que son remitidos a casa ni los financia, y que los profesores [del distrito] no analizan los folletos en clase.” (386 F. 3d, en 531). Es decir, el tribunal consideró que dicho conocimiento era atribuible sin mayores problemas a un estudiante de la escuela elemental.

*Ad II, 1.2.2.* Para conceptualizar esta figura del “observador razonable” o ciudadano “espectador imparcial”, básicamente el juez Jones siguió de cerca el perfil diseñado por dos precedentes, dictados ambos por la jurisprudencia del Tercer Circuito. El primero aparece en el caso *Capitol Square Review & Advisory Board v. Pinette* (1995), que presenta este hipotético espectador razonable como “*personificación de una comunidad ideal de comportamiento razonable, determinada por el juicio social [colectivo]*” (515 U. S. en 780). El segundo consta en el caso *Modrovich v. Allegheny County*, (2004), según el cual, “*el espectador razonable es un ciudadano bien informado que está más versado que el transeúnte medio [sobre la cuestión sub iúdice]*”, y a quien se considera, además de conocedor del historial de la conducta litigiosa, capaz de inferir por sí mismo otros hechos relevantes a partir de la medida gubernamental, y a la luz de su propio contexto. (385 F. 3d, en 407).

Respecto a la admisión como prueba de las cartas al director y editoriales de los periódicos *York Daily Record* y *York Dispatch* referentes a la polémica del plan académico, aunque los demandados se opusieron enconadamente a ello, el juez Jones admitió dicho material probatorio entre la prueba, y lo valoró conforme a la presunción probatoria del respaldo y al indicador “efecto” de la presunción probatoria Lemon. Mas no por la veracidad de su contenido, sino porque mostraban la impresión general de la comunidad de Dover, revelando cómo había asumido mayoritariamente que la polémica concernía a si una concepción religiosa debería o no ser enseñada como ciencia en el sistema escolar público de la propia localidad.

*Ad II, 2.* Esta institución de derecho procesal estadounidense conocida como “presunción probatoria Lemon” o simplemente “prueba Lemon”, toma su nombre del caso *Lemon v. Kurtzman* (1971), en el cual fue elaborada por el Tribunal Supremo. A partir de ella, y como si de una glosa suya se tratara, el juez O’Connor desarrolló después, en el juicio *Lynch v. Donnelly* (1984), la presunción probatoria del respaldo analizada en el texto principal.

*Ad II, 2.2.* En su parte más relevante, la nota informativa remitida por los profesores de Biología al Consejo Escolar solicitando quedar exentos de leer el comunicado litigioso, expone lo siguiente: “*Ustedes han indicado que los estudiantes pueden “optar por inhibirse” de esta parte de la clase [correspondiente al comunicado leído a los estudiantes al comenzar el tema sobre evolución], y que ellos serán excusados y quedarán al cargo de un administrador. Ejercemos respetuosamente nuestro derecho a “optar por inhibirnos” de la parte de clase propia del comunicado. Renunciaremos a ceder la clase a un administrador y tutelaremos nosotros mismos a los estudiantes. Esta solicitud está basada en nuestra ponderada opinión de que la lectura del comunicado vulnera nuestras responsabilidades como educadores profesionales, según se expone en el Código de Práctica Profesional y Conducta para Docentes [.] EL DISEÑO INTELIGENTE NO ES CIENCIA. EL DISEÑO INTELIGENTE NO ES BIOLOGÍA. EL DISEÑO INTELIGENTE NO ES UNA TEORÍA CIENTÍFICA ACEPTADA. Si como profesor de la clase leo el comunicado requerido, considero que mis estudiantes inevitable —e incomprensiblemente— creerán que el diseño inteligente es una teoría científica válida. Eso no es verdad. Remitir a los estudiantes hacia Of Pandas and People como si fuera una obra científica, quiebra mi obligación moral de proporcionarles un conocimiento científico que sea sostenido por pruebas o teorías científicas contrastadas.*” (Caso Kitzmiller, pp. 117 y 118; mayúsculas en el original.)

*Ad III, 2. 1.* Según el informe pericial de la *National Academy of Sciences*, “*El creacionismo, el diseño inteligente y otros discursos sobre causalidad sobrenatural en el origen de la vida o las especies, no constituyen ciencia, porque no son verificables mediante procedimientos científicos. Tales discursos subordinan los datos observados a juicios basados en la autoridad, la revelación o las creencias religiosas. La documentación presentada para apoyarlos está característicamente limitada a las publicaciones especializadas de sus partidarios. Estas publicaciones no presentan hipótesis sujetas a cambios a la luz de nuevos datos o interpretaciones, o de la demostración de un error. Esto colisiona con la ciencia, en la cual toda teoría o hipótesis queda sujeta a la posibilidad de refutación o modificación a la luz de nuevos descubrimientos*”. (Kitzmilller, pp. 69 y 70).

*Ad III, 2. 4.* “*Amicus curiae*” es una locución latina que textualmente significa “amigo de la corte”. Procedente del Derecho Romano, esta institución jurídico-procesal es frecuente en países del *Common Law*, especialmente en Estados Unidos, y permite a terceros no litigantes como parte en el proceso exponer su posición acerca del asunto controvertido, generalmente en causas donde se ventilan asuntos de cierto interés público y no exclusivamente privado, como sucede con este juicio. Así, *amicus curiae* es aquella persona física o jurídica que, no siendo parte en el juicio, puede efectuar alegaciones al Tribunal que conoce dicha causa, por tener un fuerte interés en la materia ventilada. En la mayoría de países cuya cultura jurídica incorpora el *Common Law*, la práctica procesal no permite a terceros intervenir en un procedimiento judicial previamente instanciado, si carecen de interés legítimo directo en su resultado. Pero el Derecho Procesal estadounidense sí lo permite, siempre y cuando, para adquirir y ejercitar este supuesto limitado y condicionado de legitimación activa en el pleito, se observe el procedimiento siguiente. El tercero interesado formula una solicitud de autorización para intervenir como *amicus curiae* ante el Tribunal, y si éste autoriza la intervención, entonces su participación en el juicio se materializa mediante un escrito denominado *amicus brief*. La intervención del *amicus curiae* autorizado es subsidiaria de la parte procesal coadyuvada, por lo cual debe convenir con ésta la argumentación jurídica; y su alegación ante el Tribunal está sujeta a los mismos plazos y requisitos de tempestividad que le afectan, consumiendo al presentarlos la parte proporcional correspondiente del lapso temporal total permitido a aquélla. La autorización del Tribunal contiene una implícita calificación favorable sobre la relevancia que la intervención del tercero tiene para el interés público dirimido en el juicio. El ordenamiento jurídico español también prevé instituciones algo semejantes, básicamente la intervención litisconsorcial y la intervención adhesiva simple. Sobre todo esta última, pues primero, al igual que el *amicus curiae*, permite al tercero apoyar una relación material cuya controversia procesal ya empezó, pudiendo colaborar con una parte original, cuando, al tener un interés coincidente, puede verse afectado indirectamente por la cosa juzgada si se emite una sentencia adversa a la parte original coadyuvada. Y, segundo, porque el marco de interés del interviniente adhesivo simple se limita a perseguir el triunfo de la parte procesal apoyada, obteniendo así un beneficio en otra relación de derecho material que lo vincula a la misma; pero como un integrante subordinado que no deduce una pretensión propia en contra de las partes originales, sino que asume una participación accesoria respecto de la parte coadyuvada, como también sucede con el *amicus curiae*.

“*Amicus brief*” es la denominación que recibe el escrito mediante el cual inicia su intervención procesal el *amicus curiae*, en el marco de las consideraciones aludidas por el párrafo anterior.

*Ad IV.* Según el artículo 1.3 de la Constitución de Pensilvania, “*Todos tienen el derecho natural e inalienable de venerar a un Dios todopoderoso siguiendo el dictado de su propia conciencia; nadie puede ser por derecho compelido a asistir, erigir o defender ningún templo, ni a mantener ningún credo contra su voluntad; ninguna autoridad puede, en ningún caso, controlar o interferir los derechos de conciencia, y la ley nunca concederá ninguna preferencia a ningún sistema o tipo de culto*.” En la sentencia dictada en el caso *Springfield School District v. Commonwealth of Pennsylvania* de 1979 (397 A. 2d, en 1154 y 1170), al discutir las previsiones del artículo 1.3, el Tribunal Supremo de Pensilvania, expuso lo siguiente: “*Los principios enunciados en este apartado de nuestra Constitución reflejan una preocupación por la protección de la libertad religiosa de los pensilvanos mucho antes que la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos resultara aplicable a los estados mediante la enmienda decimocuarta [...] La protección de los derechos y libertades garantizada por esta sección de nuestra Constitución, sin embargo, no trasciende el amparo de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos*.”

Con las siglas U. S. C., —*United States Code*—, éste Código compila las leyes generales de Estados Unidos y contiene, por materias clasificadas en cincuenta títulos, lo fundamental del derecho positivo escrito del país, regulando un multidisciplinar elenco de temas que tratan desde el Congreso y el Presidente hasta la guerra o la defensa nacional, pasando por otros de lo más diverso, como la seguridad doméstica, la agricultura, la educación, la alimentación y las drogas, la navegación, las patentes, el servicio postal, los contratos públicos, el transporte, los hospitales y manicomios, el trabajo, y un largísimo etcétera que incluye, anecdóticamente, a los indios nativos norteamericanos. Está al cargo de la Oficina del Consejo Revisor de la Legislación de la Asamblea Parlamentaria Estadounidense, y desde 1926 se publica periódicamente por sexenios, aunque en el interregno se editan suplementos anuales recopilatorios, destinados a actualizar la información.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

JONES, J., *Tammy Kitzmiller et al. vs. Dover Area School District*; 2005; pp. 1-139. El texto de la sentencia está disponible en <[http://www.pamd.uscourts.gov/kitzmiller/kitzmiller\\_342.pdf](http://www.pamd.uscourts.gov/kitzmiller/kitzmiller_342.pdf)>.

SMITH, A., *Lecciones sobre jurisprudencia*; Granada, Comares, 1995 (1ª edición); p. 138.



## RESUMEN

La identificación como “nación” de algunas Comunidades Autónomas ha sido una de las cuestiones más controvertidas durante el proceso de reformas estatutarias. Frente a los que consideran de dudosa constitucionalidad tal identificación, el artículo sostiene, a la luz de los debates constituyentes, que con el término “nacionalidades” del art. 2 CE no se pretendió sino reconocer la posible existencia de diferentes “naciones culturales” en el seno del Estado Autonómico. Por esta y otras razones que se apuntan en el trabajo, la Constitución española resulta la mejor adaptada para dar cobertura a los actuales movimientos nacionalistas periféricos, caracterizados por no aspirar necesariamente a la soberanía.

## PALABRAS CLAVE

ESTATUTOS DE AUTONOMÍA, GOBIERNO ASIMÉTRICO, CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, PRINCIPIO DISPOSITIVO, DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS, NACIONALISMO CULTURAL. NACIONALISMO POLÍTICO.

## ABSTRACT

The identification like “nation” of some Autonomous Communities has been one of the most controversial questions during the process of statutory reforms. Opposite to those who consider of doubtful constitutionality such identification, the article supports, in the light of the constituent debates, that with the term “nationalities” of the art. 2 CE it was not tried but to recognize the possible existence of different “cultural nations” in the Autonomous State. For this one and other reasons indicated in this work, the Spanish Constitution is the best adapted one to give coverage to the current nationalistic peripheral movements, characterized for not aspiring necessarily to the sovereignty.

## KEY WORDS

STATUTES OF AUTONOMY, ASYMMETRICAL GOVERNMENT, SPANISH CONSTITUTION, PRINCIPLE OF DISPOSITION CULTURAL NATIONALISM, DISTRIBUTION OF POWERS, POLITICAL NATIONALISM.

# LA CUESTIÓN NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO AUTONÓMICO

Manuel Medina Guerrero

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Sevilla

El proceso de reformas estatutarias iniciado con la modificación del Estatuto valenciano —y que conoció con el catalán un marcado punto de inflexión— ha dado hasta el momento un vigoroso impulso descentralizador al Estado Autonómico; hasta el punto de que, a la vista precisamente de la Propuesta de reforma aprobada por el Parlamento catalán, llegara a considerarse que asistíamos a un “segundo proceso autonómico”, dado que el mismo parecía apuntar a la refundación del Estado de las Autonomías. (Cruz Villalón: 2006).

Con independencia de la valoración que se mantenga acerca del potencial “redefinidor” del modelo de Estado de los Estatutos definitivamente aprobados, difícilmente pueden exagerarse las innovaciones que esas reformas han entrañado en relación con el anterior marco estatutario. La precisión y el detalle con el que ahora se acota el ámbito competencial autonómico (y, de modo reflejo, el estatal); el tratamiento de cuestiones que hoy se presentan como esenciales que, sin embargo, apenas podían vislumbrarse en las primeras versiones de los Estatutos (relaciones con la Unión Europea); o, en fin, la pretensión de incorporar

principios y líneas directrices más penetrantes en punto al tema de la financiación, son algunos de los ejemplos que revelan inequívocamente que las transformaciones experimentadas por la *Constitución territorial* del Estado Autonómico no han sido, desde luego, de corto alcance.

Pero, con ser relevantes estas y otras novedades de los Estatutos reformados, probablemente ninguna cuestión haya despertado tanta atención y controversia en el debate político, y, por ende, haya tenido tanta repercusión mediática, como la relativa a las identidades de las diferentes CCAA involucradas en los procesos de reforma. Como es bien conocido, el principal desencadenante del debate fue la Propuesta de reforma del Estatuto aprobada por el Parlamento catalán, que encabezaba precisamente su articulado proclamando la condición de nación de Cataluña (art. 1.1) y, en consecuencia, tildaba de nacionales a sus símbolos (art. 8.1). Identificación de Cataluña como nación con la que asimismo se abría el Preámbulo y se recordaba repetidas veces; mientras que, también en reiteradas ocasiones, se calificaba a España como “Estado plurinacional”<sup>1</sup>. Con

razón se afirmaría que esta Propuesta reservaba la sustancia de lo nacional a Cataluña y que, por tanto, no pudiera en la misma ni rastrearse una “nacionalidad compartida” (Cruz Villalón: 2006, 86). Tras su paso por las Cortes Generales, la regulación cambió de forma apreciable: de una parte, se suprimió la (exclusiva) catalogación de España como Estado; y, de otro lado, se sustituyó en el articulado la consideración de Cataluña como nación por la expresión “nacionalidad” (art. 1), si bien aquélla se conservó en el Preámbulo: “El Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad”. Finalmente, el art. 8.1 sigue tildando de nacionales a los símbolos, pero se apunta previamente que Cataluña ha sido definida como “nacionalidad” en el artículo primero.

Las restantes reformas estatutarias culminadas cuando se escriben estas líneas no contienen, sin embargo, ninguna referencia expresa a la eventual condición de nación de las respectivas CCAA<sup>2</sup>, aunque no dejan de mostrar algún punto de interés desde el punto de vista de la cuestión identitaria. En realidad, todos estos Estatutos han operado por elevación en comparación con sus anteriores versiones: Aquellos que, hasta el momento, sólo habían incluido una fórmula indirecta de reconocimiento de su condición de “nacionalidad” pasan ahora abiertamente a conceptuarse como “nacionalidad histórica” (así, los Estatutos valenciano —art. 1.1— y andaluz —art. 1.1—); en tanto que el Estatuto balear, que hasta ahora únicamente contenía una referencia genérica del derecho al autogobierno reconocido por la Constitución a nacionalidades y regiones, abre precisamente su articulado reconociendo a las Islas su condición de “nacionalidad histórica”. Por su parte, el Estatuto aragonés, tras su reforma de 1996, ya había calificado a Aragón de “nacionalidad”, pero en la reciente reforma se inviste del carácter de “nacionalidad histórica”.

Así, pues, bajo el prisma identitario, dos son las principales conclusiones que cabe extraer de este proceso de reformas. En primer lugar y sobre todo, la irrupción ya sin ambages del término “nación” en la norma estatutaria, aunque finalmente recludo en el Preámbulo; explicitación que no sólo ha sido considerada desde una determinada perspectiva política como la apertura de un primer flanco hacia el separatismo y la desintegración del Estado, sino que también ha sido atacada en el plano jurídico con base en su presunta inconstitucionalidad. Y en segundo término, y estrechamente conectada con la anterior, todos los estatuyentes se han visto tentados a enfatizar la identidad propia de sus respectivos territorios. Algunas consideraciones expondremos al respecto en las siguientes líneas.

Frente a la tesis que sostiene el imposible acomodo constitucional de la atribución a una Comunidad Autónoma de la condición de nación, debemos adelantar que, a nuestro juicio, sin embargo, esta eventualidad estaba ya, en agraz, en el propio texto constitucional, y, por tanto, que el nuevo marco estatutario no hace sino aflorar de modo expreso una posición que fue defendida y aprobada por los propios constituyentes.

La controversia en torno a la cuestión identitaria no viene sino a retomar la que ya se experimentó en sede constituyente con la inclusión del término “nacionalidades” en el art. 2 CE. Es cierto que este precepto entrañaba una radical novedad en la historia de nuestro constitucionalismo, en el que el concepto de nación (o conexos, como el de “nacionalidad”) sólo se había vinculado con los españoles en su conjunto. En efecto, nuestra historia constitucional se abre con la asunción propia del constitucionalismo revolucionario, según el modelo francés, del concepto de “nación política” heredero de la Ilustración y de su lucha contra el absolutismo: la nación no se refiere a un determinado grupo de personas vinculadas por una identidad cultural común, sino que se concibe primordialmente como un conjunto de ciudadanos libres e iguales. Por tanto, la eventual homogeneidad cultural de la



nación pasa a un segundo plano —y ello con independencia de que el recién nacido Estado constitucional tendiese de inmediato a iniciar la tarea de formación nacional en el plano cultural— (Breuilly: 1990, 68; Spencer/Wollman: 2002, 99-101). Así, en la Constitución de Cádiz, la laguna abierta con motivo de la ausencia del monarca es cubierta por la nación española, que se concibe como el único titular actual de la soberanía (“esencialmente”, art. 3), y no como mero delegante a favor de la corona de una soberanía originaria que, como máximo, conduciría a una “co-soberanía” en presencia del rey (Álvarez Junco: 2001, 130-132; González Casanova: 1998, 298-300).

A partir de entonces y a lo largo de todo el siglo XIX, las diferentes Constituciones seguirán vinculando expresamente a la Nación española con la soberanía, ya apareciendo como único titular de la misma ya compartiéndola con la monarquía, incluso en el marco de un texto constitucional claramente proclive al sufragio universal (1869). Línea que ni siquiera se quiebra con el Proyecto de Constitución federal de 1873, el cual, por más que reconozca que la soberanía reside en todos los ciudadanos (art. 42), sigue identificando a la nación española como poder constituyente, sin que ningún otro sujeto reciba la consideración de nación: “Componen la Nación española —dice su art. 1— los Estados de Andalucía Alta, Andalucía Baja, etc.”. Y, por su parte, la Constitución de la II República sortea el problema identitario recurriendo al sencillo expediente de eludir el término nación: Es España la que, en uso de su soberanía, decreta y sanciona la Constitución; mientras que son las provincias con características comunes las que pueden organizarse en región autónoma (art. 11).

El art. 2 CE es, pues, según decía, un precepto que carece de antecedentes en nuestro constitucionalismo. Que con la inclusión del término nacionalidades el objetivo primordial del constituyente no fue otro que atraer a las minorías nacionalistas al consenso constitucional, es cosa bien conocida que no precisa mayor aclaración (sobre el proceso de elaboración del art. 2 CE, Bastida: 2005). Que con

esta expresión el constituyente no quiso sino dar cabida —por vez primera en nuestra historia constitucional— a la posible coexistencia de diversas identidades nacionales en determinados territorios, es asimismo cosa cierta, por más que esto no resulte tan conocido. Pues, en efecto, del examen de los debates constituyentes se desprende inequívocamente que la práctica totalidad de los grupos parlamentarios era consciente de que “nacionalidad” y “nación” eran términos sinónimos. Así se puso especialmente de manifiesto al debatirse el art. 2 del Anteproyecto de Constitución en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, en donde fueron frecuentes las declaraciones de este tenor. En esta línea, en opinión de Jarabo Payá, “los conceptos de nación y nacionalidad son absolutamente idénticos” (*Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, I, 825); Fraga se referiría al “hecho indiscutible de que nacionalidad y nación es lo mismo” (*Idem*, 658); Ortí Bordás afirmaría que “nacionalidad es exactamente igual que nación” (*Idem*, 838); De la Fuente declararía que “nacionalidad es equivalente a nación” (*Idem*, 812); Roca Junyent ratificaría las palabras de este último de que “nacionalidades y nación quieren decir exactamente lo mismo” (*Idem*, 816); y, en fin, como sostendría el portavoz del grupo socialista, Peces Barba, “para nosotros nacionalidad es sinónimo de nación” (*Idem*, 847), razón por la cual podría hablarse de que “España es una nación de naciones” (*Idem*, 846).

En consecuencia, todos los grupos constituyentes eran conscientes de la equiparación entre ambos términos; y, si para algunos de ellos —señaladamente Alianza Popular— no era conveniente la inclusión de las “nacionalidades” en el art. 2 CE, ello obedecía a temores de diversa índole: De una parte, el recelo a que la misma sirviese de fuente de posibles futuras discriminaciones entre CCAA; y, de otro lado —y sobre todo—, porque no le resultaron suficientes ni las cautelas introducidas en dicho art. 2 CE para disipar cualquier sombra de separatismo (“indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible

de los españoles”), ni las explicaciones a propósito de que el término “nacionalidades” no remitía al concepto político de nación, sino a un concepto de nación cultural ajeno al derecho de autodeterminación. En efecto, ya en el voto particular al art. 2 del Anteproyecto Fraga destacaría que tal expresión era “equivoca y llena de posibles complicaciones”, pues “nos lleva a planteamientos tan complejos, delicados y cargados de dificultades de futuro como el ‘principio de las nacionalidades’, el derecho de autodeterminación, etc.” (*Idem*, 698).

Y, sin embargo, pese a estos temores, pocas dudas hay que albergar acerca de que es el reconocimiento de *naciones culturales* lo que se oculta en las “nacionalidades” del art. 2 CE, como lo acreditan las diferentes intervenciones que, en el referido debate de Comisión, se estructuraron en torno a la tipología de Meinecke basada en la distinción entre nación-estado y nación cultural (1962), tendentes siempre a subrayar que el término “nacionalidad”, para decirlo con las palabras empleadas por Ferrero de Miñón, “respondía a un concepto de autoidentificación, de autogobierno, pero no a constituirse en Estados independientes” (*Idem*, 850; en la misma línea, especialmente Arias Salgado —*Idem*, 810-11 y 822-823—, y Roca Junyent —*Idem*, 816-817—). En resumidas cuentas, una vez analizado el proceso de elaboración del art. 2 CE, no puede sino compartirse la opinión de Corcuera Atienza según la cual, aunque en “el debate constituyente se plantearon... todas las posturas teóricas y matizaciones posibles sobre analogías y diferencias entre naciones, nacionalidades y pueblos... el término de ‘nacionalidades’ acaba definiéndose en el terreno de aquellas naciones ‘histórico-culturales’ distintas a la ‘nación-Estado’ según se atribuye a Meinecke, a cuya definición se incorpora normalmente un ingrediente voluntarista o de conciencia de diferencia específica” (1992-1993:18).

Así, pues, con la mención del término “nacionalidades” en el art. 2 CE no se pretendió sino velar la verdadera realidad subyacente, la nación, eludiéndose al tiempo las confusiones y malentendidos que este último concepto lle-

vaba —y aún lleva— consigo: soberanía, poder constituyente, secesión, en una palabra: separatismo; carga que obviamente el constituyente no estaba dispuesto en modo alguno a sobrellevar. La expresión “nacionalidad” se presentaba, por lo demás, como la fórmula de compromiso idónea: Se trata, de una parte, de una expresión escasamente utilizada en castellano, pero de alguna manera conectada con el nacionalismo catalán —Prat de la Riba, *La nacionalitat catalana*, 1906— (Herrero Rodríguez de Miñón: 1979, 98); y, de otro lado, es la noción empleada usualmente por las lenguas eslavas para designar los grupos étnico-nacionales existentes en el seno del Imperio austro-húngaro o la URSS (Álvarez Junco: 2005, 34).

Y, naturalmente, sentado el presupuesto de la equiparación entre nación y nacionalidades en el sentido aludido, no es motivo de sorpresa que la expresión “nación de naciones” hiciera fortuna en sede constituyente para designar la novedosa construcción que entrañaba el Estado de las Autonomías, como tampoco debe causar extrañeza que la misma fuera asumida con naturalidad por un amplio sector de la doctrina (así, por ejemplo, Leguina Villa: 1984, 25; Solé Tura: 1985, 101). Una sola *nación política*, la española, en cuanto depositaria del poder constituyente, y una pluralidad de *naciones culturales*, constitucionalmente no identificadas de modo expreso, incluyendo entre ellas a la propia nación española común. Que España es también una nación en este sentido, es una conclusión inequívoca si se parte del concepto más extendido de nación, en el que el criterio subjetivo o voluntarista resulta capital, al fijar en el sentimiento de autoidentificación del grupo el elemento determinante para constatar la existencia de una nación (Álvarez Junco: 2005, 70; Balfour/Quiroga: 2007, 32)

Bajo este prisma puede afirmarse que la Constitución española de 1978 adoptaba una fórmula feliz superadora de los nacionalismos excluyentes: Superadora, claro está, del nacionalismo excluyente español; pero asimismo ajena a las pretensiones de los nacionalistas periféricos excluyentes, que propugnaron en

vano la supresión de toda referencia a la nación española; de tal suerte que el calificativo “español” no podría predicarse más que del propio Estado (así, por ejemplo, las enmiendas de Letamendía Belzunce a los artículo 1 y 6 del Anteproyecto de Constitución, *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, 165-166). También, pues, en esto, en la cuestión de la identidad nacional, la Constitución de 1978 se esfuerza —y consigue— en lograr una fórmula armónica, equilibrada e integradora, que hace posible la convivencia del nacionalismo español y los nacionalismos subestatales. De ahí que, como cualquier observador foráneo —y, por eso, en principio más imparcial— puede apreciar (así, Balfour/Quiroga, 91-92), merezcan calificarse de injustas las críticas de aquellos que ven en la Constitución de 1978 la expresión de un nacionalismo de corte españolista.

Es una gran virtud, sin duda, de la Constitución vigente al permitir la dualidad de identidades o, dicho de otro modo, las “lealtades compartidas” (De Blas: 1994, 45). Fenómeno de “doble patriotismo” que, sociológicamente, ha existido tradicionalmente en España (Balfour/Quiroga, 55-56 y 234; Ehrlich: 1998, 210), y que, como tozudamente se encarga de reflejar toda suerte de encuestas, ha permanecido firmemente anclado en los diferentes territorios españoles desde la entrada en vigor de la Constitución hasta nuestros días, por más que la puesta en marcha y profundización del Estado Autonomático haya reforzado en los ciudadanos el sentimiento de identificación con sus respectivos territorios (Balfour/Quiroga, 15-17 y 274-276; Keating: 2004, 72-83). La “nacionalidad dual” —o el “nacionalismo compartido”— sigue siendo, en España, el sentimiento más extendido en la ciudadanía (Herranz de Rafael: 1998, 35).

Inconsciente o inadvertidamente, en búsqueda del consenso, el constituyente acuñó una fórmula que permite el reconocimiento de diferentes “naciones dentro de su propia nación” (por utilizar la expresión de Seymour: 2000, 233), avanzando así una vía que años después se consideraría la más indicada para

integrar los nuevos movimientos nacionalistas de corte occidental, y que tendrían en Cataluña, Escocia y Québec algunas de sus principales manifestaciones (Keating: 1996). Vía constitucional española para insertar los nacionalismos periféricos en el Estado contemporáneo que, como es palmario, se fundamenta en el profundo rechazo de todo tipo de exclusión de naturaleza identitaria, esto es, opuesta a cualquier forma de intolerancia frente a las diferentes autorrepresentaciones sentidas por los ciudadanos. Con ello, se cierra el paso a un indeseable “monismo conceptual” según el cual no pueden coexistir simultáneamente los conceptos de *nación cívica* y de *nación étnica*, de tal suerte que la aceptación de uno conlleva necesariamente el rechazo del otro: o bien se asume que la nación no puede serlo más que el titular de la soberanía y del poder constituyente, con independencia de la homogeneidad cultural de sus integrantes —homogeneidad que, por lo demás, podría llegar a alcanzarse a partir de un proceso de “formación nacional” impulsada por el propio Estado soberano—; o bien, por el contrario, se parte de la existencia exclusiva de naciones étnicas, las cuales, de conformidad con el principio de las nacionalidades, tendrían el derecho a constituir su propio Estado (Gellner: 1998, 88). *Tertium non datur*, según el aludido enfoque de “monismo conceptual” (Seymour, 230-232).

Pues bien, frente a estas posiciones mutuamente excluyentes —decía—, nuestro sistema constitucional sienta las bases para que pueda llevarse al máximo la tolerancia en punto a la cuestión identitaria. En el plano colectivo, permite la atribución expresa de la condición de nación a la colectividad que comparta una lengua, una historia, una cultura común —y en cuyos miembros haya arraigado una conciencia nacional—, pero que, a diferencia de la *nación cívica* o de la *nación política*, no está acompañada de soberanía. Y, en el plano individual, nuestro ordenamiento constitucional garantiza que un ciudadano pueda sentirse partícipe, al unísono, de diversas identidades culturales. Ningún ciudadano de ningún territorio autonómico que haya asumido —o asuma

en el futuro— la condición de nación puede, por tanto, con arreglo a la Constitución, verse enfrentado a la difícil tesitura de elegir entre una y otra identidad nacional. Las amplias posibilidades que ofrece al respecto nuestro texto constitucional serían atinadamente descritas en el Pleno del Congreso por Manuela de Madre, el 2 de noviembre de 2005, en el debate de totalidad de la Propuesta de reforma del Estatuto catalán: “... la nación catalana no niega la nación española, la enriquece, pues España —y no somos los primeros en decirlo— es una nación de naciones. Pero además queremos el Estatut para superar la lógica un Estado-una nación. No somos una nación sin Estado; no. Somos una nación que ya tiene un Estado, el español, que es también el nuestro” (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 6168).

No es de extrañar, por tanto, que haya sido precisamente de la experiencia española de donde se haya extraído el concepto de “plurinacionalismo” como categoría válida para explicar los actuales movimientos nacionalistas que no aspiran necesariamente a la soberanía (Québec, Escocia, etc.), y que tendría como principal característica el que, bajo su cobertura, es perfectamente dable que un concreto grupo o un individuo puedan tener más de una identidad nacional (Keating: 2004, 26-27).

Así, pues, la Constitución española de 1978 viene a romper la rigidez conceptual derivada de la comprensión estrictamente separada y recíprocamente excluyente de las nociones de nación cívica y nación étnica; dicotomía que desde tantos puntos de vista se ha considerado necesario superar en Europa (Schnapper: 2002, 5). Y es que el aspecto más destacado de los nacionalismos periféricos contemporáneos, en contraste con los tradicionales decimonónicos, reside en que, aun cuando conservan la aspiración de que la nación opere como una comunidad política, no contemplan la estatalidad como condición *sine qua non* de la misma (concepto *sociopolítico* de nación, en expresión de Seymour, 235-236). En efecto, de forma absolutamente mayoritaria se reconoce que la tendencia general de los actuales

nacionalismos periféricos de nuestro entorno es quebrar la decimonónica conexión necesaria de la nación con la estatalidad y la noción tradicional de soberanía. Sólo, pues, en el contexto actual, el “autogobierno” constituye el elemento esencial inherente a la naturaleza de la nación. A diferencia de los movimientos nacionalistas clásicos, los existentes hoy día en la órbita occidental “reconocen las limitaciones de la fórmula del Estado-nación y están comprometidos en la construcción de una nación sin Estado” (Keating: 1997, 689). El carácter novedoso de esta actual concepción de los nacionalismos periféricos explica por qué suele destacarse la dificultad de traducir en términos constitucionales estos movimientos nacionalistas, o incluso se afirme que no existe ninguna fórmula constitucional que satisfaga sus aspiraciones, por lo que no tienen, en consecuencia, ningún reconocimiento formal en los diferentes sistemas estatales (Keating: 1997, 695).

En nuestra opinión, sin embargo, como habrá podido desprenderse de las anteriores líneas, dicha carencia no puede predicarse en sus puros términos de la Constitución de 1978, o, para ser más exactos, de la *Constitución territorial* del Estado Autonomico, entendiéndola ésta como el agregado de la Constitución más los Estatutos de Autonomía (Cruz Villalón: 1999, 447 y ss.). La proverbial indeterminación de la organización territorial del Estado esbozada en la Constitución formal muestra también aquí sus ventajas. Sin ninguna duda, esta “peculiaridad” española permite que nuestro sistema esté mucho mejor capacitado que un genuino Estado federal para acomodar en su seno las aspiraciones de los movimientos nacionalistas contemporáneos. Pues, en efecto, por las razones que veremos, el Estado Autonomico está en condiciones de satisfacer sus reivindicaciones esenciales.

– Facilita, de una parte, que haya un reconocimiento formal, expreso e inequívoco, al máximo nivel normativo, de la existencia de las concretas identidades nacionales periféricas. Como hemos comprobado líneas arriba, esta posibilidad está ya prefigurada en la Cons-

titudin formal (art. 2), si bien ésta no anuda la condición de “nacionalidad” a ningún territorio específico. La tradicional “incompletud” del texto constitucional en punto a la regulación del Estado Autnómico se proyecta asimismo en este ámbito, puesto que deja asimismo sin culminar la tarea de identificar cuáles sean las concretas identidades nacionales. Los Estatutos vienen, pues, a completar la Constitución formal también en lo relativo a la cuestión identitaria. Y no es preciso insistir en la muy singular condición de los Estatutos en nuestro sistema de fuentes, hasta el punto de poder descubrirse en ellos una “dimensión cuasiconstitucional”, y en las CCAA una “potestad semiconstituyente” (Solozábal Echavarría: 1998, 488-492). Dicho más derechamente: Es la *Constitución territorial* la que procede al reconocimiento formal de la condición de nación de una concreta Comunidad Autónoma.

– Suele defenderse que, al objeto de que la concepción de un territorio como nación no devenga estrictamente retórica o puramente formalista, es preciso que se invista al mismo de determinadas características. En este sentido, se ha sostenido que, si bien la nación no equivale obligatoriamente a independencia, sí entraña que su capacidad de autogobierno sea acordada libremente por ella misma y no sea fruto de la pura concesión de otra nación; de tal suerte que la fórmula “nación de naciones”, si se quiere que tenga sustancia efectiva, requiere la existencia de un “pacto” entre esas naciones así como la capacidad de decisión “blindada” sobre determinados asuntos (Beramendi, en Álvarez Junco *et al.*: 2005, 94 y 101). Sucede, sin embargo, que esas notas de libre determinación —que no de imposición ajena— sobre la capacidad de autogobierno y de “blindaje” de una esfera de decisión propia existen ya desde el arranque mismo del Estado Autnómico en relación con los Estatutos del art. 151 CE, que el texto constitucional únicamente garantizaba a Cataluña, Galicia y País Vasco: Sencillamente, su aprobación y su reforma sólo son posibles mediando el acuerdo de los representantes autonómicos y las Cortes,

así como su previa aceptación en referéndum por la población de los respectivos territorios. No es de extrañar, por tanto, que este fuerte componente pacticio de los Estatutos del art. 151 CE fuese uno de los elementos del sistema autonómico que permitió defender el paralelismo existente entre tales CCAA y —por usar la terminología de Jellinek— algunos “fragmentos de Estado”, como Croacia en el marco de la monarquía húngara o Finlandia hasta el año 1918 (Herrero y Rodríguez de Miñón: 1979, 99-100). Esto explica por qué, habitualmente, desde esas nacionalidades históricas originarias, no se haya visto la autonomía “como algo que Madrid ha concedido, sino más bien como un derecho cuyas modalidades deberán negociarse” y, por tanto, que su relación con España “es un pacto que ambas partes han hecho libremente pero que requiere asentimiento continuo para seguir siendo válido” (Keating: 1996, 156).

– Asimismo se ha considerado una consecuencia poco menos que obligada del reconocimiento formal de la condición de nación la asunción de un status singular, que llevaría aparejada la asimetría en el reparto de poderes dentro del Estado descentralizado (Seymour: 2000, 245). A nadie se le oculta ciertamente que, allí donde los rasgos culturales se perciben tan marcados que llegan a crear una identidad nacional diferenciada, la capacidad de autogobierno inherente a esa nación ha de contener las atribuciones necesarias para garantizar su “auto-mantenimiento”, esto es, debe estar dotada de las instituciones educativas y las facultades precisas para preservar y desarrollar su lengua y, en general, su específica cultura (Shils: 1995, 108). Más allá de este “núcleo duro”, la asimetría resulta de muy difícil aceptación para la generalidad de los Estados descentralizados, hasta el extremo de que, en algunos de ellos, parece plantear menos problemas la secesión misma que el reconocimiento constitucional de un status privilegiado (Keating: 2004, 108).

La peculiaridad del Estado Autnómico permite, sin embargo, que la cuestión se plante en términos menos dramáticos que en un

genuino Estado federal. En realidad, la asimetría es una eventualidad consustancial a la naturaleza del Estado Autónomico desde el momento mismo en que es el Estatuto, y no la Constitución, la norma atributiva de competencias. Por el contrario, en el Estado federal —fundamentado por principio en la igualdad de todos sus miembros y en donde es la Constitución la que directamente efectúa el reparto competencial— la asimetría pasa por la enojosa tarea de explicitar en el propio texto constitucional el status privilegiado de alguno de sus integrantes. Por consiguiente, en marcado contraste con un Estado federal, la asimetría es una posibilidad siempre abierta en el Estado Autónomico a partir de la lógica derivada del principio dispositivo y de la libertad de configuración política de las Cortes estatuyentes para asumir, rechazar o retocar las propuestas autonómicas. Y, de hecho, bien puede afirmarse que el Estado Autónomico nunca ha dejado de ser asimétrico, habida cuenta de que, a pesar de la “nivelación” competencial de 1992, han subsistido diferencias apreciables entre los diferentes Estatutos (Roig Molés: 2006, 177).

Las dificultades, por tanto, comienzan cuando la asimetría se concibe, no como una posibilidad constitucionalmente admisible que queda a disposición del proceso político, sino como una consecuencia obligada e inescindible de la asunción de una identidad nacional propia y diferenciada. Especialmente, cuando esa capacidad de autogobierno exclusiva —en cuanto no accesible con carácter general— se entiende extensible *ad libitum* a cualquier sector material, y, en consecuencia, se pretende proyectar a aspectos capitales que afectan a todos y que requieren un abordaje común, cuales, por ejemplo, el relativo al reparto —horizontal y vertical— entre los diferentes niveles de gobierno de los recursos que genera un espacio económico plenamente integrado.

Frente a esta posición, parece evidente —y así se admite generalizadamente en la doctrina— que la pretensión de recibir un tratamiento jurídico singular sólo puede sostenerse a partir de los “hechos diferenciales” que tengan un anclaje en el propio texto constitucio-

nal (Aja: 1999, 173-174; López Aguilar: 1998, 42-44 y 84-85), como sucede con las singularidades financieras contempladas expresamente respecto de Canarias, País Vasco y Navarra (Disposiciones Adicionales Tercera y Primera de la Constitución) o con peculiaridades tales como la lengua (art. 3.2) o el derecho civil foral o especial (art. 149.1.8º). Así, pues, con excepción de los hechos diferenciales constitucionalmente previstos, en vano podría alegarse la autoconceptuación estatutaria de nación (o nacionalidad) para defender el acceso a un régimen exclusivo no extensible a otras CCAA. En resumidas cuentas, no puede sino coincidirse con aquellos que sostienen la irrelevancia jurídica de la concreta identificación de una CA para fundamentar, exclusivamente desde aquí, el derecho a acceder a un régimen particular y exclusivo (Blanco Valdés: 2005, 106-110).

– La insistencia en hacer derivar de la cuestión identitaria —más allá de lo constitucionalmente previsto— una posición singular no extensible a la generalidad de los territorios del Estado conlleva un riesgo difícilmente esquivable: la tentación de que las restantes CCAA pretendan acceder al nivel identitario “superior” a fin de reequilibrar la asimetría perseguida por las nacionalidades “originarias”. Posibilidad que, desde luego, no está constitucionalmente vedada, pues, si bien es evidente que el constituyente asoció la noción “nacionalidad” con Cataluña, Galicia y País Vasco, la Constitución renuncia a identificar los concretos territorios que pueden asumir tal conceptualización y cuáles han de considerarse “regiones”. Sencillamente, no hay un *numerus clausus* de nacionalidades en el texto constitucional, y, por tanto, nada impide que cualquier CA asuma tal denominación en su Estatuto (Blanco Valdés: 2005, 194).

Como tampoco puede estrictamente negarse, desde el punto de vista político o sociológico, la eventualidad de que cualquier CA pretenda vincularse a la idea de nación. Categoría resbaladiza como pocas, cuyas conceptualizaciones más comunes parten de la combinación de criterios objetivos y subjetivos o voluntaristas (Requejo: 2007, 37), aunque —razonablemente, a mi

juicio— se tiende a dar prevalencia al componente voluntarista sobre el primero (Gellner: 1983, 7 y 53-54). Desde esta perspectiva, un grupo deviene nación en el momento en que se autorrepresenta como nación, esto es, cuando *crea* compartir unos lazos étnicos comunes (Álvarez Junco: 2005, 69). Serían, pues, bajo este enfoque mayoritario, fundamentalmente “comunidades imaginadas” (Anderson: 1983) y, por tanto, realidades tendencialmente mutables e inestables. En suma, con arreglo a este hoy ampliamente extendido concepto “performativo” de nación (Bastida: 1998, 11), no es en modo alguno descartable que el transcurso del tiempo haga nacer en una población autonómica un sentimiento “nacional” del que hasta entonces había carecido.

El problema —decía— se suscita cuando pretende adelantarse artificialmente esa eventual evolución natural al objeto de neutralizar las demandas de asimetría por parte de las nacionalidades originarias, puesto que el resultado de ese proceso no puede ser otro más que el de la trivialización de la cuestión identitaria en su conjunto. La experiencia andaluza es bastante ilustrativa al respecto: La defensa por parte de los grupos parlamentarios Andaluista e Izquierda Unida de la condición de

nación de Andalucía se fundamentó, primordialmente, en la sospecha de que su asunción estatutaria podría servir para justificar un trato especial a favor de las CCAA que la adoptasen, según se desprende de las intervenciones de sus respectivos portavoces en el debate del estado de la Comunidad celebrado en el mes de junio de 2006 (*Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, 3139, 3159 y 3164-3165). En aras del consenso, la Propuesta de reforma aprobada en el Parlamento andaluz acogería la “realidad nacional” de Andalucía en su Preámbulo; expresión que sería finalmente removida por las Cortes Generales al tiempo que se confirmaba un grado de autogobierno equiparable al de cualquier otra CA.

En suma, tal y como revela la experiencia tenida hasta la fecha en este proceso de reformas estatutarias, se corre el riesgo de que las demandas de asimetría de las nacionalidades originarias que superen el nivel de lo que se percibe como soportable por el sistema no se traduzcan en la práctica sino en la banalización del sentimiento nacional, volviéndose así contra lo que es la verdadera esencia de las legítimas aspiraciones asimétricas: el reconocimiento formal y la aceptación generalizada de constituir una identidad nacional diferenciada.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- Aja, Eliseo; *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza, 1999
- Álvarez Junco, José; *Mater Dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Madrid, Taurus, 2001
- Álvarez Junco/Beramendi/Requejo; *El nombre de la cosa. Debate sobre el término nación y otros conceptos relacionados*, Madrid, CEPC, 2005
- Anderson, Benedict; *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London et al., Verso, 1996
- Balfour, Sebastian/Quiroga, Alejandro; *España reinventada. Nación e identidad desde la Transición*, Barcelona, Península, 2007
- Bastida, Xacobe; *La Nación española y el nacionalismo constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998
- Blanco Valdés, Roberto L.; *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, Madrid, Alianza, 2005
- Blas Guerrero, Andrés de; *Nacionalismos y naciones en Europa*, Madrid, Alianza, 1994
- Breully, John; *Nacionalismo y Estado*, Barcelona, Pomares-Corredor, 1990
- Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980
- Corcuera Atienza, Javier; “La distinción constitucional entre nacionalidades y regiones en el decimoquinto aniversario de la Constitución”, *Documentación Administrativa*, 232-233, 1992-1993, 13-31
- Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, año 2005, VIII Legislatura, núm. 125
- Cruz Villalón, Pedro; *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999

- Cruz Villalón, Pedro; "La reforma del Estado de las Autonomías", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 2, 2006, 77-99
- Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, 90/VII Legislatura
- Ehrlich, Charles E.; "Early twentieth-century Catalan regionalist theory: Lluís Duran i Ventosa, his times, and the influence of the Austrian Empire", *Nations and Nationalisms* 4 (2), 1998, 207-226
- Gellner, Ernst; *Nations and Nationalism*, Ithaca-New York, Cornell University Press, 1983
- Gellner, Ernst; *Encuentros con el nacionalismo*, Madrid, Alianza, 1995
- Gellner, Ernst; *Nacionalismo*, Barcelona, Destino, 1998
- González Casanova, José Antonio; "La cuestión de la soberanía en la historia del constitucionalismo español", *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 1/1998, 295-326
- Guibernau, Montserrat; *Los nacionalismos*, Barcelona, Ariel, 1998
- Haas, Ernst B.; *Nationalism, Liberalism, and Progress. The Rise and Decline of Nationalism*, New York, Cornell University Press, 1997
- Herranz de Rafael, Gonzalo; "An empirical survey of social structure and nationalistic identification in Spain in the 1990s", *Nations and Nationalism* 4 (1), 1998, 35-59
- Herrero y Rodríguez de Miñón, Miguel; "Les sources étrangères de la Constitution », *Pouvoirs* 8, 1979
- Ipperciel, Donald; "Constitutional democracy and civic nationalism", *Nations and Nationalism* 13 (3), 2007, 395-416
- Keating, Michael; *Naciones contra el Estado. El nacionalismo de Cataluña, Quebec y Escocia*, Barcelona, Ariel, 1996
- Keating, Michael; "Stateless nation-building: Quebec, Catalonia and Scotland in the changing state system", *Nations and Nationalism* 3 (4), 1997, 689-717
- Keating, Michael; *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2004
- Kellas, James G.; *The Politics of Nationalism and Ethnicity*, London, Macmillan Press, 1998
- Kymlicka, Will; *Estados, naciones y culturas*, Córdoba, Almuzara, 2004
- Leguina Villa, Jesús; *Escritos sobre autonomías territoriales*, Madrid, Tecnos, 1984
- López Aguilar, Juan Fernando; *Estado Autonomico y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza, 1998
- Meinecke, Friedrich; *Weltbürgertum und Nationalstaat*, München, R. Oldenbourg, 1962
- Requejo, Ferran; "Federalisme, descentralització i pluralisme nacional. Teoria política y anàlisi comparada", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* 4, 2007, 35-67
- Resina, Joan Ramon; "Post-national Spain? Post-Spanish Spain?", *Nations and Nationalism* 8 (3), 2002, 377-396
- Roig Molés, Eduard; "La reforma del Estado de las Autonomías: ¿Ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 3, 2006, 149-185
- Seymour, Michael; "Quebec and Canada at the crossroads: a nation within a nation", *Nations and Nationalism* 6 (2), 2000, 227-255
- Shils, Edward; "Nation, nationality, nationalism and civil society", *Nations and Nationalism* 1 (1), 1995, 93-118
- Solé Tura, Jordi; *Nacionalidades y nacionalismos en España*, Madrid, Alianza, 1985
- Solozábal Echavarría, Juan José; *Las bases constitucionales del Estado Autonomico*, Madrid, McGraw-Hill, 1989
- Solozábal Echavarría, Juan José; "El problema de la soberanía en el Estado autonómico", *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* 1/1998, 461-502
- Spencer, Philip/Wollman, Howard; *Nationalism. A Critical Introduction*, London, SAGE, 2002

## NOTAS

1. La Propuesta iba más allá, toda vez que la identidad nacional también se reconocía a Arán tanto en el Preámbulo como en su articulado (art. 11.2).
2. A saber, la reforma de los Estatutos valenciano, andaluz, aragonés y balear.





## RESUMEN

Este artículo analiza el papel que deben jugar la bioética y el Derecho ante el desafío de la investigación biomédica en el siglo XXI. La bioética permite estudiar y reflexionar en torno a los problemas éticos, morales y sociales que se plantean en este ámbito, así como aportar las soluciones más adecuadas. No obstante, defendemos una noción flexible, plural y laica de la bioética, basada en el diálogo interdisciplinar y abierto como única forma de llegar a lograr una ética cívica de mínimos en la que la sociedad pueda sentirse representada. El legislador tiene el deber constitucional de promover la ciencia y la actividad investigadora, y por ello el bioderecho ha de favorecer el desarrollo de la libertad de investigación en el ámbito de la biomedicina, salvo en aquellos casos en que su ejercicio entre en colisión con otros derechos fundamentales.

## PALABRAS CLAVE

BIOÉTICA. PRINCIPIOS DE BIOÉTICA. BIODERECHO. BIOJURÍDICA. DERECHOS FUNDAMENTALES.

## ABSTRACT

This article analyzes the role Bioethics and the Law should play regarding the challenges of the 21st century Biomedical Research. Bioethics examines the ethics, moral and social aspects posed by biomedical research and provides appropriate solutions. However, we advocate for a more flexible and secular notion of Bioethics, based upon an interdisciplinary, open and plural dialogue as the only way to achieve the basic standards of civic ethics in which the whole society may be represented. Lawmakers, as our Constitution points out, must promote and improve the scientific knowledge and research. Thus, the aim of Biolaw is to develop the freedom of scientific research within the biomedicine field, with the only exception of those cases in which freedom of research and fundamental rights clash.

## KEY WORDS

BIOETHICS, PRINCIPLES OF BIOETHICS, BIOLAW, FUNDAMENTAL RIGHTS

# BIOÉTICA Y DERECHO ANTE LOS DESAFÍOS DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA DEL SIGLO XXI

Francisco Oliva Blázquez

Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Sumario: 1. Preliminar. 2. La investigación científica y sus límites. A). Ciencia, praxis y límites intrínsecos de la investigación científica: principio de responsabilidad y principio de precaución. B) Ciencia y Ética. El papel de la bioética. C). Los principios de la bioética. Concepto y colisión. D). Escuelas bioéticas y pluralismo moral: la necesidad de construir una bioética flexible y laica. 3. De la bioética al Derecho. A) Bioética y Derecho: la conexión a través de los derechos fundamentales. B) Crítica a la concepción positivista de la bioética. C) La regulación jurídica de los avances biomédicos. a). Aproximación al bioderecho. b) ¿Cuándo tiene que intervenir el Derecho? c). Bioderecho, comités de ética, juristas y política: el caso de los embriones sobrantes. D). ¿Hacia un bioderecho global? 4. Conclusión

## 1. PRELIMINAR

El ser humano, desde el principio de los tiempos, ha aspirado a construir una vida ajena a las incursiones del azar, de la (mala) fortuna (*tuche*), a través de un control, dominio y transformación de la naturaleza que le rodea (la tarea más elevada que puede imaginarse para el hombre, según Bacon). La incesante búsqueda de una mejora en la calidad de vida y el combate sin tregua contra la enfermedad caracterizan indefectiblemente el pasado, el presente y, seguramente, el futuro de la humanidad. El espectacular desarrollo que a lo largo de los últimos años ha experimentado la biomedicina (hasta el punto de que hay quien habla de una “revolución biomédica”) y la biotecnología abre nuevos senderos, hasta hace muy

poco tiempo completamente insospechados, que prometen conducir hacia el tratamiento de graves patologías e incrementar nuestra esperanza de vida (piénsese en las extraordinarias posibilidades que ofrecen la terapia celular y la medicina regenerativa). Se han generado muchas expectativas por parte de los científicos e investigadores, transformados en protagonistas de una comunidad que los convierte en depositarios de las esperanzas humanas más vitales.

Ahora bien, a nadie puede escapar el hecho de que muchas de las posibles aplicaciones prácticas de las investigaciones y técnicas en curso causan, a cualquier persona con sentido común, pavor y auténtico vértigo, en cuanto que situaciones que no hace mucho ni siquiera podíamos imaginar y que tan solo habitaban el mundo imaginario de la ciencia-ficción se

presentan como factibles en la actualidad. Así, a partir de la secuenciación completa del genoma humano, es posible pensar en una sociedad en la que los futuros padres acuden al genetista –o, más bien, al denominado por Peter Singer “supermercado genético”– para encarar un bebé que reúna todos los parámetros de la “perfección” humana, con la finalidad de neutralizar la discriminación genética a la que se enfrentan los sujetos frutos del amor libre. Tampoco, desde Dolly, es imposible pensar en la creación de clones humanos que nos abastezcan de “piezas de repuesto” cada vez que, en tanto que productos defectuosos, suframos una “avería”. Pero, a su vez, hay que poner de manifiesto que los avances científicos en materia genética han dado lugar, por ejemplo, al desarrollo del diagnóstico genético preimplantacional, técnica que permite traer al mundo niños sin enfermedades hereditarias mortales, mientras que la clonación practicada con fines terapéuticos podría abrir las puertas hacia el tratamiento de enfermedades incurables basadas en lesiones de células y tejidos. Temor y esperanza se presentan así al unísono en el proceloso terreno de la investigación biomédica, planteando la sempiterna cuestión de cómo debe afrontar la sociedad la tensión que la ambivalencia (en el sentido de capacidad de hacer tanto el bien como el mal) del progreso lleva implícita.

El debate político, científico, filosófico, ético, jurídico y social sobre las implicaciones positivas y negativas de los avances biomédicos ha sido especialmente notable en nuestro país a lo largo de los últimos años, en los que se han sucedido una serie de reformas legales que han dividido claramente a la sociedad en planteamientos que se nos antojan prácticamente antagónicos. La legalización de la investigación con células madre procedentes de embriones crioconservados sobrantes (o supernumerarios) de los procesos de fecundación *in vitro*, la autorización del diagnóstico genético preimplantacional en beneficio de terceros, o, finalmente, el reconocimiento implícito de la llamada clonación terapéutica a través de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación

Biomédica (LIB), son los hitos más relevantes y conocidos de la intensa actividad legislativa que ha tenido lugar. Pues bien, creo que es ahora, cuando las aguas comienzan a descender más tranquilas tras los tormentosos debates, el momento de analizar con calma cuál debe ser, bajo mi punto de vista, el papel que la bioética, el Derecho y, por ende, el jurista, deben realizar ante los retos que propone la investigación biomédica del siglo XXI.

## 2. LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y SUS LÍMITES

### A) CIENCIA, PRAXIS Y LÍMITES INTRÍNECOS DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA: PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El deseo de investigar, la curiosidad y el reto ante lo desconocido son algo típicamente humano, y la ciencia, como *philia* o amor al saber, es uno de los patrimonios culturales más importantes con el que contamos: ciencia, tecnología y cultura están unidas a lo largo de la historia. Sin embargo, esto no significa que la ciencia y la investigación sean en todo caso algo intrínsecamente bueno, moralmente neutral e irreprochable, y que, en consecuencia, constituya un signo de progreso asentar nuestras sociedades en una especie de “tecnocracia” o, mejor aún, “biocracia”, en la que la ciencia y la tecnología biológicas se conviertan en las únicas fuentes de autoridad y de moralidad (el Estado científico que imaginara Aldous Huxley en su célebre novela “Un Mundo Feliz”). Creo que el poso dejado por las trágicas experiencias históricas vividas en el siglo pasado (especialmente con la bomba atómica, los experimentos nazis y la aplicación autodestructiva de los conocimientos científico-tecnológicos) ha provocado un consenso general en torno a la idea de que en ningún caso debe regir el llamado “imperativo tecnológico”, definido por Graciano González como “superación y alternativa al viejo imperativo ético que se pregun-

ta si todo lo que es factible y puede ser hecho, debe ser llevado a cabo”. Resulta evidente que no todo lo que sea técnicamente factible y viable debe ser considerado moralmente legítimo y jurídicamente lícito, y en consecuencia haya de llevarse a cabo. La sumisión a la ideología absolutista de la ciencia y del desarrollo tecnológico debe rechazarse frontalmente en tanto que puede esconder, bajo el velo de un aparentemente neutral progreso de la humanidad y una objetivamente bondadosa tarea de revelación de la verdad de la naturaleza, una forma de dominación social y de explotación del hombre por el hombre completamente inadmisibles.

Es posible que la llamada ciencia pura, académica o no instrumental, esto es, la que busca enriquecer sin más con sus conocimientos a la sociedad, resulte éticamente neutral (el simple saber se encuentra más allá del bien y del mal), pero la simbiosis actual de la ciencia con la *tecné*, de la investigación científica con la innovación tecnológica que da lugar a la denominada “tecnociencia”, transforma al conocimiento científico en un mero medio o instrumento para alcanzar otros fines que, en muchos casos, son silenciados cuando no directamente ocultados. En este sentido son numerosas las voces que, como la de Ziman, denuncian la existencia de una cultura postacadémica de la investigación, dominada por criterios fundamentalmente tecnocráticos; algo, por lo demás, perfectamente comprensible en el seno de una economía de mercado que promueve la financiación privada de la investigación a través de empresas que, naturalmente, esperan recuperar su inversión. Incluso en el ámbito de las actividades con financiación pública, el criterio de la utilidad o aplicabilidad es central a la hora de favorecer determinadas líneas de investigación. Por todo ello, cuando hablamos de las llamadas “ciencias aplicadas”, se intensifica la necesidad de conocer cuáles son los fines que se persiguen con la búsqueda del conocimiento científico para poder evaluarlos y adoptar las medidas que se estimen convenientes. La idea de una ciencia descontrolada en manos de científicos que en sus laboratorios

deciden unilateralmente el futuro de la humanidad resulta tan odiosa como preocupante, y por ello existe un consenso generalizado en que la libertad de investigar tiene que encauzarse y controlarse por la comunidad en la que dicha actividad se desarrolla, que marca democráticamente las líneas que no deben ser en ningún caso traspasadas.

No obstante, no quisiera con mis palabras haber creado una imagen peyorativa del científico, como un ser desalmado entregado a los intereses económicos de unas cuantas empresas o como alguien más interesado en su propia gloria personal que en proporcionar un beneficio a la humanidad (esa “ética del éxito” que cegó al Dr. Hwang y le llevó a cometer el monumental fraude científico que fue portada, nada menos, de la prestigiosa revista *Science*). Nada más lejos de mis intenciones. Hay que empezar por reconocer que el control de la investigación científica se inicia precisamente por los propios científicos que, guiados por la llamada “ética de la responsabilidad”, reflexionan sobre sus descubrimientos y toman medidas que autolimitan y fiscalizan su actividad. Así, ha sido considerado como un hito en la historia ética de la ciencia la moratoria que la misma comunidad científica se impuso en relación con las moléculas de ADN recombinante por la existencia de serias incertidumbres científicas sobre sus consecuencias eventualmente dañinas (Lacadena), sin olvidar que los primeros comités de ética fueron creados por grupos de investigadores preocupados por la potencial peligrosidad que generaban los avances biotecnológicos (Cambrón Infante).

Puede decirse que, a modo de límite intrínseco, los científicos e investigadores tienen el deber de observar en todo caso los principios de responsabilidad y precaución. El “principio de la responsabilidad” ha sido formulado por el poskantiano Hans Jonas en su célebre obra “Das Prinzip Verantwortung”, en la cual afirma que la cautela debe ser el primer mandato moral, y el pensamiento hipotético nuestra primera tarea. Directamente relacionado con dicho principio está el “principio de precaución”, aplicable cuando existe una incertidumbre cien-

tífica unida a la eventualidad de daños graves e irreversibles que da lugar a la adopción de las medidas necesaria para prevenir y reducir los riesgos (*vid.*, arts. 2 y 22 LIB). Ambos principios, en una sociedad plagada de riesgos que en ocasiones llegan a ser extremos, parecen una exigencia connatural a la investigación biomédica. Ahora bien, coincido con Adela Cortina en que la precaución no implica en todo caso abstención (la más radical de las medidas posibles), no tiene por qué oponerse al progreso científico ni se mueve por la heurística del terror. Los retos de la investigación científica biomédica no deben conducirnos a una situación de histeria colectiva agitada descaradamente por determinadas confesiones y grupos de presión. El carácter positivo o negativo de los conocimientos tecnocientíficos dependerá del destino o uso que se les quiera dar (teoría de la “neutralidad valorativa”), y por ello no debe adoptarse por principio una actitud de miedo o distancia quirúrgica frente a los mismos. La ciencia y la investigación suponen un reto y conllevan intrínsecamente un cierto grado de peligro; es imposible garantizar la seguridad absoluta o el riesgo cero, pero la existencia de potenciales riesgos imprevisibles no debería provocar una parálisis completa de una investigación científica que puede aportar importantes beneficios para toda la humanidad. Lo ha expresado Sloterdijk con toda claridad: “corriendo riesgos, damos seguridad, y produciendo seguridad, incurrimos en riesgos”.

## B) CIENCIA Y ÉTICA. EL PAPEL DE LA BIOÉTICA

Pero, más allá de los principios citados, ¿de qué forma fija la sociedad las fronteras (los límites extrínsecos) de la actividad científica e investigadora? Señala Juliana González que la tecnología, como es obvio y elemental, es medio y no fin en sí misma, y el saber de los fines compete justamente a la ética. Sin ética, continúa la autora, el destino futuro de la ciencia y de la tecnología se torna motivo de peligro para el porvenir del hombre, en su propia humanidad. No hay cabida, sostiene igualmente

RESCHER, para el intento de separar la ciencia respecto de cuestiones de evaluación y de ética. Así pues, la ética es la que nos debe guiar a la hora de enjuiciar las investigaciones científicas, evaluando en cada caso si se respetan los valores éticos y se buscan fines igualmente éticos que sean capaces de justificar la existencia de una conducta plenamente moral. De esta manera, la ética, como parte de la filosofía práctica que se ocupa de los objetos morales, experimenta un renacimiento inesperado, hasta el punto de que se ha afirmado que la medicina ha venido a salvar a la ética (Toulmin), propiciando su retorno. No obstante, nosotros vamos a ocuparnos de la investigación en el campo de la biomedicina, y el lugar en el que confluyen las ciencias biomédicas con la ética se conoce con el nombre de bioética.

En una primera aproximación, puede decirse que la bioética es simple y llanamente la ética (*ethos*) de la vida (*bios*). Con mayor precisión se afirma que es la parte de la ética que se refiere a los progresos de las ciencias biomédicas ante problemas planteados por las nuevas tecnologías (Vila-Coro) o, en otras palabras, una deliberación interdisciplinar sobre los problemas que el conocimiento científico y el poder tecnológico suscitan para la vida (Sánchez González). La paternidad del neologismo debe atribuírsele al Doctor en Bioquímica y oncólogo estadounidense Van RENSSLAER POTTER, el cual empleó por vez primera el término *bioethics* en un artículo publicado en 1970 titulado “Bioethics, the science of survival”. El padre de la bioética concibió a ésta como el puente entre dos culturas aparentemente enfrentadas, las ciencias y las humanidades, que tenían que entenderse necesariamente, ya que “los valores éticos no pueden ser separados de los hechos biológicos”. Puede observarse que, frente a la ética tradicional típicamente antropocéntrica, aparece esta nueva ética que, en palabras de Adela Cortina, “sitúa a la vida —no sólo al ser humano— en el centro de la reflexión y de la acción”. El campo al que se extiende la bioética es muy amplio, y abarca problemas tan variados como el aborto, la eutanasia, los trasplantes, la reproducción

asistida, la drogodependencia, la salud sexual, la terapia génica, la confidencialidad de datos, las enfermedades, la economía de la salud, o la ecología, entre otras muchas materias (no en vano, Potter soñaba con una *bioética global*, marcadamente medioambiental y ecológica —macrobioética— más que en una bioética médica o clínica centrada en las ciencias de la salud humana —microbioética—). Transcurridos casi cuarenta años desde su aparición puede decirse que la bioética ha crecido de una manera exponencial hasta convertirse en lo que algunos han denominado la “ética del siglo XXI”. En palabras de Leon Kass, “issues of bioethics will be a dominant concern of the new century -indeed, of the new millennium”.

### C) LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA. CONCEPTO Y COLISIÓN

Conocido el concepto de bioética, urge responder a la siguiente pregunta: ¿cómo opera desde un punto de vista práctico la bioética? Esto es, enfrentados a un concreto desafío que plantee el mundo de los avances en biomedicina, ¿cómo debe procederse para evaluar la moralidad del mismo? ¿Cuál es el punto de partida metodológico?

Para responder a estas cuestiones hay que remontarse a 1978, fecha en la que aparece en los Estados Unidos de América el célebre *Informe Belmont*, el cual proporcionó al mundo los no menos conocidos “principios de la bioética”. Estos principios fueron redactados por una comisión creada *ad hoc* por el Congreso norteamericano con la finalidad de identificar los criterios básicos éticos que había que aplicar en la biomedicina y en la investigación con seres humanos. La dificultad de la tarea salta a la vista, en tanto que los comisionados tenían que aportar una serie de criterios objetivos capaces de respetar a su vez las múltiples conciencias individuales. Originariamente los principios eran tres, “respeto a las personas” (autonomía), “beneficencia” y “justicia”, pero Tom L. Beauchamp y James F. Childress añadieron en sus *Principles of Biomedical Ethics* de forma defini-

tiva a la lista el principio de “no-maleficencia”. El principio de “autonomía” implica el deber de respetar las decisiones libres de las personas, su voluntad y su autodeterminación, y del mismo es expresión reconocida en la práctica médica el consentimiento informado de los pacientes. El principio de “beneficencia” está en la base del Juramento Hipocrático y significa que debe hacerse el bien y evitarse el mal. Como hemos indicado, los autores recién citados consideraron independiente de este principio el de “no maleficencia”, fiel reflejo del brocardo latino “*primum non nocere*” (“ante todo no dañar”), al entender que este deber de no causar el daño era más obligatorio e imperativo que aquél. Finalmente, con el “principio de justicia” (“dar a cada uno lo suyo”) se hace referencia a la necesidad de buscar un reparto equitativo e imparcial de los riesgos y los beneficios así como de los recursos y cargas limitadas en materia sanitaria.

Puede observarse cómo todos estos principios, vinculantes *prima facie*, responden esencialmente a los problemas generales a los que se enfrenta la ética, empeñada en determinar cuál debe ser el comportamiento correcto y en responder a la pregunta multisecular: ¿qué debo hacer? (cuestión atávica frente a la que sigue siendo válida la respuesta no menos ancestral de Ulpiano: *vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo y no hacer daño a otro*). El tiempo ha demostrado que los principios de la bioética son unas directrices éticas útiles que actúan como una suerte de código o catálogo de reglas generales compartidas, esto es, una *lingua franca* moral que ha permitido en cierto modo racionalizar el debate sobre los avances biomédicos y proporcionar pautas orientativas a la hora de tomar decisiones especialmente delicadas. No obstante, distan mucho de ser la panacea anhelada.

Efectivamente, los principios están llamados a chocar entre sí en numerosas ocasiones, surgiendo la espinosa cuestión de determinar si uno o algunos de ellos ha de ser privilegiado frente a los demás y de qué forma. Son varias las posibilidades que se abren. Así, Beauchamp y Childress descartan la priorización anticipada de un principio sobre otro y entienden que

en caso de conflicto la posible jerarquía debe fijarse consensuadamente en función de la situación concreta. Por su parte, Diego Gracia propone la siguiente jerarquización: los principios de no maleficencia y justicia tienen un rango superior, puesto que configuran una “ética de mínimos” (“ética del deber”), frente a la “ética de máximos” (o “ética de la felicidad”) que aparece reflejada en los principios de autonomía y beneficencia. Además, entiende el autor que los primeros se corresponden con el Derecho, expresión del *minimum ethicum* de la sociedad, mientras que los segundos son específicos de la moral. Albert R. Jonsen y Stephen Toulmin se proponen abandonar la “tiranía de los principios” y, correlativamente, rehabilitar la casuística, a través de las máximas o tópicos. Sin embargo, personalmente me parece especialmente destacable la propuesta que hace Manuel Atienza de juridificar la bioética en el sentido de aproximarla al método jurisprudencial de resolución de los conflictos jurídicos. El autor analiza el método empleado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para resolver la contraposición entre la libertad de información y expresión y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y llega a la conclusión de que la racionalidad jurídica, ante principios contrapuestos, opera mediante una tipificación (“taxonomía”, según sus propias palabras) de los supuestos existentes para, a partir de ahí, elaborar “reglas de prioridad” que no implican una jerarquización rígida (una ordenación lexicográfica). A continuación Atienza aplica esa metodología de la siguiente manera: identifica cuáles son los problemas generales de la bioética, formula una serie de principios primarios (autonomía, dignidad, universalidad e información) que servirían para resolver los casos fáciles, y principios secundarios, derivados de aquéllos (paternalismo justificado, utilitarismo restringido, trato diferenciado y secreto), cuya aplicación a cada caso concreto debe ser suficientemente justificada por quien la pretenda, para finalmente construir, a partir de los mismos, una serie de reglas específicas (no absolutas) que resulten coherentes con todos ellos. Me parece que esta forma de proceder, ponderando de manera ca-

suística los principios (primarios y secundarios) concurrentes con la finalidad de deducir de los mismos un conjunto de pautas que otorguen soluciones concretas, es la más adecuada para resolver los dilemas que se plantean en un ámbito como el de la investigación biomédica, ya que garantiza la racionalidad de las decisiones aplicadas a la singularidad del caso concreto.

#### D) ESCUELAS BIOÉTICAS Y PLURALISMO MORAL: LA NECESIDAD DE CONSTRUIR UNA BIOÉTICA FLEXIBLE Y LAICA

Una de las cuestiones más complejas que presentan los principios de bioética es la de su propia fundamentación. Resulta sobradamente conocida la existencia de dos grandes corrientes respecto a los fundamentos de la bioética: la relativista, consecuencialista, hedonista o utilitarista, y la ontologista, objetivista, personalista o humanista. En palabras de Andorno, la primera sostiene que los principios éticos no son verdaderos o falsos, sino simple resultado del acuerdo o la elección, mientras que la segunda afirma que sí es posible acceder por medio de la razón al conocimiento del bien, el cual es objetivo y trasciende a los individuos. Mientras la ética utilitarista otorga primacía al valor libertad y a la idea de la calidad de vida, la ética objetivista descansa fundamentalmente sobre el principio de la dignidad de la persona. La existencia de estas dos éticas contrapuestas hace que, por ejemplo, la forma de afrontar los retos de la biomedicina sea muy distinta en la cultura británica, esencialmente utilitarista, que en la alemana, más apegada a un planteamiento típicamente kantiano.

Debe tenerse en cuenta además que, puesto que cualquier problema en el campo de la bioética tiene una profunda dimensión ontológica, resulta inevitable que cada cual proyecte su propia visión antropológica así como su concepción sobre la vida a la hora de afrontar dicho problema. Este pluralismo moral, conatural a las sociedades democráticas, es útil y conveniente siempre y cuando no se convierta en una defensa a ultranza de modelos ontoló-



gicos y axiológicos unilaterales que enturbie la discusión bioética e impida la búsqueda de un consenso. Así, han sido –y siguen siendo– muy influyentes en el campo de la bioética los enfoques confesionales (bioética religiosa), especialmente en España, donde desde sus orígenes esta disciplina ha estado estrechamente vinculada a la tradición religiosa católica (no en vano, el jesuita Françesc Abel está considerado como uno de los pioneros en bioética a nivel nacional e incluso europeo), a sus verdades absolutas e inconcusas y a sus posiciones dogmáticas basadas en el monopolio del código único moral.

En definitiva, la colisión de ideologías y planteamientos éticos, culturales y religiosos divergentes es inevitable, y por todo ello, Casado, retomando el concepto del *Droit Flexible* de Carbonnier, propone la elaboración de una “Bioética Flexible” que admita la convivencia de principios diversos en tanto que plurales son los valores de la sociedad en la que vivimos. Según sus palabras, la coexistencia de valores en los que se basa toda sociedad democrática debe ser también asumida en el campo de la argumentación ético-jurídica aplicada a las biotecnologías y a sus aplicaciones biomédicas. Propone la autora una bioética laica, plural y flexible que reconozca la multiplicidad de opciones morales y aspire a un consenso lo más amplio posible a través de un diálogo interdisciplinar.

Hago mío por completo este planteamiento. Debe admitirse que vivimos en una sociedad construida sobre el pluralismo moral, esto es, carente de una moral oficial, y por ello deben buscarse, a través de la discusión informada y de fondo, acuerdos intersubjetivos que respeten las distintas opciones morales concurrentes. Esta idea de una “ética civil del consenso” o “de mínimos” exige identificar el núcleo de principios y valores que conforman la ética cívica de la sociedad contemporánea, algo complejo aunque posible –dentro de unos límites generales– en tanto que la pluralidad no debe confundirse con el politeísmo moral excluyente. La existencia de una bioética dogmática, basada en los simplismos y absolutismos que suelen predicarse desde los sistemas mo-

ralmente monistas, es completamente inútil y resulta perfectamente prescindible. La bioética no es una suerte de sistema moral del siglo XXI revelador del “derecho natural biológico”, sino un marco de reflexión multidisciplinar, plural, flexible y civil que sirve para orientar a la sociedad en la toma de decisiones especialmente conflictivas.

En este sentido, debe destacarse el loable intento que la UNESCO ha llevado a cabo por universalizar un código ético mínimo aplicable a los avances científicos en el campo de la biomedicina. Efectivamente, la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, adoptada en París por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005, tiene la finalidad de proporcionar un marco universal de principios y procedimientos, basados en valores éticos comunes, que sirvan de guía a los Estados en la formulación de las legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética (art. 2 ii). Estos principios coinciden esencialmente con los recogidos en el *Informe Belmont*, dignidad humana (art. 3), beneficencia (art. 4), autonomía (arts. 5, 6 y 7) o igualdad, justicia y equidad (art. 10), aunque se reconocen otros como el de la solidaridad y cooperación (art. 13), responsabilidad social (art. 14) o protección de las generaciones futuras (art. 16). No obstante, es previsible que los problemas de fondo seguirán existiendo tanto a la hora de interpretar cada principio, en función de la tradición cultural y de la concepción ética, ideológica o religiosa de cada cual, como al determinar cuál de ellos debe prevalecer en caso de conflicto.

### 3. DE LA BIOÉTICA AL DERECHO

#### A) BIOÉTICA Y DERECHO: LA CONEXIÓN A TRAVÉS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ha dicho con razón Ramón Valls que la ética sin política y Derecho es igual a agua de rosas para curar cánceres. Efectivamente, la bio-

ética es algo más que un puñado de directrices éticas y claves morales, tiene un carácter multidisciplinar y en ella confluyen, por un lado, la biología propiamente dicha, que explica el objeto de la reflexión, y, por lo que a nosotros interesa, el Derecho, en cuanto conjunto de normas jurídicas que afrontan la regulación de los problemas vinculados con la investigación y las nuevas tecnologías aplicadas a la vida. Así pues, bioética y Derecho no son dos compartimentos estancos, en tanto que los elementos éticos y jurídico-políticos se interconexionan en el ámbito de la biomedicina contemporánea.

Las relaciones entre la ética y el Derecho son un tema clásico que ha ocupado la reflexión filosófico-jurídica de numerosas generaciones de pensadores. Nos encontramos ante dos mundos que ocupan parcelas muy próximas cuyos linderos aparecen en bastantes ocasiones difuminados, aunque grosso modo puede afirmarse que el Derecho se ocupa típicamente de las relaciones de alteridad, que es heterónimo y que sus soluciones jurídicas no tienen por qué ser fuente o garantía alguna de moralidad, al igual que la moral no precisa de ninguna positivación para ser válida. No obstante, más allá de estas breves palabras, no estoy dispuesto a navegar en este momento por lo que Ihering consideró como el “cabo de Hornos” de la ciencia jurídica, por el evidente peligro de naufragar en un mar plagado de ilustres pecios. En cualquier caso, podemos convenir que la conexión entre la (bio)ética y el Derecho ha de tener lugar a través de los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones como una suerte de mínimo ético imprescindible e irrenunciable de las sociedades democráticas asentadas en un Estado de Derecho. Sostiene en este sentido Encarna Roca que los derechos fundamentales son el mínimo común denominador que uniría ética y Derecho; todo gira en torno a tales derechos y la bioética, o cualquier clase de ética, no puede ser más que un instrumento al servicio de su protección. Efectivamente, con independencia de la fundamentación que queramos otorgarle a los derechos fundamentales, resulta claro

que, además de ser derechos subjetivos oponibles frente al Estado, son la expresión jurídica de un sistema de valores, principios rectores o bienes esenciales que representan la ética más esencial.

Los derechos fundamentales directamente implicados en la investigación biomédica son, en primer lugar, el derecho a la vida, a la integridad física y moral así como la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). La dignidad de la persona aparece recogida en el artículo 10 CE como fundamento del orden jurídico y de la paz social, no tratándose por lo tanto de un derecho fundamental *stricto sensu* que opere de forma autónoma e independiente, sino de una cualidad intrínseca de cualquier ser humano que debe ser interpretada y concretizada en el marco de las disposiciones constitucionales y de los derechos fundamentales (STC 120/1990 y ATC 149/1999). Junto a éstos figuran otros derechos como la libertad y autonomía personal (arts. 1 y 9 CE), la prohibición de sufrir discriminación (art. 14 CE) y la confidencialidad (art. 18 CE).

Por otro lado, el derecho a la libertad de investigación se encuentra contemplado como un derecho fundamental en el artículo 20.1 b) CE, que reconoce y protege el derecho a la producción y creación científica y técnica, estando los poderes públicos obligados a promover la ciencia y la investigación científica y técnica “en beneficio del interés general” (art. 44.2 CE). En cualquier caso, esta libertad de investigación tiene su límite en el respeto al resto de derechos reconocidos en la Constitución (art. 20.4 CE).

El derecho a la salud también es básico en el ámbito de la investigación biomédica. Nuestra Constitución lo reconoce como un derecho social recogido entre los principios rectores de la política social y económica (art. 43.1 CE). Además, formula una dimensión objetiva y programática de tal derecho, al señalarse que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (art. 43.2 CE). Es decir, los poderes públicos tienen el deber de velar activamente

por el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos y, evidentemente, eso implica como presupuesto ineludible el promover la realización de todas las actividades preventivas e investigadoras que sean necesarias para alcanzar dicho objetivo. Aunque para nuestra Carta Magna no es un derecho fundamental propiamente dicho, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure “la salud y el bienestar” (art. 25), mientras que la Constitución de la Organización Mundial de la Salud considera que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica y social”. Así pues, sin una adecuada protección de la salud, el derecho a la vida, en cuanto valor que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, pasa a ser una expresión retórica y formal vacía de contenido material.

Por supuesto, ningún derecho fundamental es absoluto, ya que todos tienen el límite extrínseco del respeto al resto de los derechos fundamentales. En el ámbito de las investigaciones biomédicas puede suceder que varios derechos entren en conflicto, debiéndose arbitrar una solución al respecto. Así, el loable deseo de estudiar la evolución de la sífilis, amparado en el ejercicio del derecho a la libertad de investigación, no puede justificar la negativa a tratar con antibióticos a las personas de raza negra afectadas por la enfermedad empleadas en la investigación. La solución a este caso, acaecido en 1970 en los Estados Unidos, resulta evidente, puesto que la libertad de investigar no puede imponerse sobre el derecho a la vida y la dignidad humana, pero en los casos complejos (*hard cases*), que son los que se plantean habitualmente en bioética, tomar una decisión resulta mucho más complejo. Creo que es muy difícil proporcionar pautas generales que sirvan para resolver a priori cualquier problema planteado. En cualquier caso, partiendo del respeto absoluto al derecho a la vida y la dignidad humana cada vez que las investigaciones

implican a personas, parece que lo lógico será llevar a cabo una ponderación de los bienes implicados caso a caso (*Güterabwägung*).

## B) CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN POSITIVISTA DE LA BIOÉTICA

Ahora bien, el reconocimiento expreso del papel que desempeñan los derechos fundamentales como punto de encuentro de la ética y el Derecho no puede llevarnos a comulgar sin más con una concepción exclusivamente positivista de la bioética, denominada también por Méndez Baiges como “imperialismo del Derecho en el seno de la bioética”. Este planteamiento sostiene básicamente que son los derechos fundamentales los verdaderos principios de la bioética que permiten resolver cualquier cuestión que surja en el ámbito de los avances biomédicos. Evidentemente, esta afirmación es parcialmente cierta, en cuanto que jamás podría admitirse la realización de un proyecto de investigación biológico que implicase la conculcación de los derechos fundamentales de la persona, pues esa es la frontera más inmediata que en ningún caso debe rebasar la biomedicina. Ahora bien, eso no implica que todo se reduzca a los derechos fundamentales constitucionalizados de manera expresa y que la ética no tenga absolutamente nada que decir al respecto. Si ello fuera así, la propia existencia de la bioética carecería de sentido como tal y seguramente, desde esta perspectiva positivista, sería mejor hablar de bioderecho a secas. Pasemos a justificar esta conclusión.

1) Por de pronto, la dimensión jurídico-positiva de los derechos fundamentales no debe hacernos perder de vista el hecho de que éstos no son una realidad estática y petrificada, una especie de foto fija heredable de generación en generación. Al contrario, para empezar tienen que interpretarse o, más bien, concretizarse y clarificarse, partiendo del consenso general existente sobre los valores a los que responden (*consensus omnium gentium*) pero teniendo en cuenta tanto los propios fines sociales constitucionalmente consagrados como las condiciones del momento en el que deben aplicarse.

Además, mucho más importante es el hecho de que los derechos fundamentales se nutren del entorno externo y, muy especialmente, de la ética cívica común o moral social compartida que surge de la reflexión en torno a los cambios que van apareciendo en cada momento en el seno de una sociedad dinámica y plural. En este sentido, señala Peces-Barba que los derechos fundamentales tienen una dimensión histórica que les vincula con la cultura y con la sociedad y que necesariamente les condiciona. El subsistema de los derechos fundamentales se abre así a la realidad social y moral, se enriquece con la reflexión racional, las creaciones humanas (como los progresos científicos y técnicos) y los cambios sociales (heterorreferencia no jurídica). En muchas ocasiones, continúa el autor, la realidad social está presente por la vía indirecta de la moralidad, ya que los comportamientos humanos producen elaboraciones racionales que llevan a determinadas conclusiones morales que pueden influir en los derechos fundamentales. La “moralidad crítica”, como conjunto de creencias sobre el desarrollo moral del hombre que en un momento histórico se consideran aceptadas mayoritariamente (o propuestas racionales minoritarias defendidas con firmeza), se incorpora a los derechos fundamentales (convirtiéndose de esa forma moralidad legalizada o positiva) a través de las construcciones de los filósofos del Derecho, de la Moral y de la Política (cauce indirecto de incorporación), o a través del legislador, del juez y, finalmente, del Tribunal Constitucional, en tanto juez-legislador (cauce directo).

Coincido plenamente con la exposición que hace el Profesor Peces-Barba de los “cauces de apertura del subsistema jurídico de los derechos fundamentales” y en mi opinión, la bioética, en cuanto ética aplicada a las ciencias de la vida, tiene que jugar un papel muy importante en la conformación de esa moralidad crítica. La bioética es una herramienta de reflexión plural que, en un entorno de diálogo libre y multidisciplinar, pretende aportar soluciones a los problemas relacionados con la vida humana, coadyuvando de esa forma a dar cuerpo a un conjunto de valores ético-socia-

les que carecen de positivación y que pueden finalmente convertirse en moralidad legalizada a través de los cauces citados. La conexión entre los derechos fundamentales y la bioética tiene que ser permanente e irrenunciable en la tarea de moldear y adaptar aquéllos a las condiciones específicas de una nueva realidad como la biomedicina. Así, la reflexión ética en torno al principio de la autonomía de la voluntad condujo al consentimiento informado, un derecho completamente básico en el campo de la bioética que, en cuanto expresión del valor superior de libertad personal (art. 1 CE), sirvió para superar la clásica visión paternalista de la relación médico-paciente. La prohibición general de discriminación recogida en los textos constitucionales (art. 14 CE) se traslada al campo específico de la genética dando lugar a la prohibición de discriminación basada en el patrimonio genético. La libertad científica y de investigación (art. 20 CE) se modula cuando se trata de seres humanos mediante las exigencias de consentimiento informado, proporcionalidad entre el riesgo y beneficio, ausencia de alternativa y garantía de rigor. En definitiva, los derechos fundamentales son el marco esencial en el que han de desenvolverse las investigaciones biomédicas, pero éstos necesitan enriquecerse y actualizarse a través de la bioética.

2) Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la técnica de los derechos fundamentales puede ser confusa, porque, por ejemplo, en ocasiones se discute sobre la titularidad de los mismos. Así, determinados planteamientos filosóficos, éticos y religiosos han defendido que el preembrión goza de un estatus moral idéntico al de cualquier ser humano, siendo titular en consecuencia del derecho fundamental a la vida. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que el preembrión no es persona. Por un lado, la histórica Sentencia 53/1985 determinó que el *nasciturus* no podía ser titular del derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 CE simplemente porque no es persona. En el mismo sentido, la Sentencia 212/1996 establece que del derecho fundamental a la vida “son titulares los nacidos, sin que

quepa extender esta titularidad a los *nascituri*". Finalmente, la Sentencia 116/1999 estableció con rotundidad que, "ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, «persona humana», por lo que del hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 CE) o a la dignidad humana (art. 10.1 CE)". No obstante, no se trata de un simple objeto con el que podamos comerciar, y por ello el Tribunal Constitucional ha determinado que el *nasciturus* es un *bien jurídico constitucionalmente protegido*, lo cual implica que el Estado tiene un deber de protección respecto al mismo (STC 53/1985). Ahora bien, la doctrina del máximo intérprete de nuestra Carta Magna no impide que existan numerosas visiones jurídicas sobre el significado de la vida prenatal que influyen a la hora de tomar cualquier decisión que le afecte de alguna forma. Particularmente entiendo que el preembrión no puede ni cosificarse ni equipararse a la persona, sino que goza de un estatus propio que le hace acreedor de una cierta protección gradual que se traduce en la necesidad de ponderar racionalmente los distintos intereses concurrentes en cada caso. Así, entiendo que la protección que merecen los preembriones crioconservados cede ante el derecho a la salud de las personas en aquellos casos en que se quieren emplear para investigar con células troncales pluripotentes con potencial terapéutico, siempre que así lo quieran, evidentemente, las personas que tengan que tomar la decisión de donarlos. Sin embargo, quien considere que la vida humana prenatal debe protegerse de forma absoluta desde un principio, discrepará de mi conclusión.

3) En tercer lugar, creo que si la expresión "derechos fundamentales" la empleamos para referirnos al catálogo casuístico o específico de derechos recopilados en las Constituciones y provistos de unos mecanismos específicos de tutela (como el derecho de amparo), la conexión del Derecho con la bioética estará incompleta y será defectuosa. Como todo el mundo sabe, los derechos fundamentales tam-

bién aparecen positivados a través de un conjunto de valores y principios formulados como cláusulas generales (libertad, igualdad, justicia, etc.). Pues bien, teniendo en cuenta esta circunstancia, creo que resulta más adecuado indicar que ese mínimo común ético reside en todos los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, reconocidos por el texto fundamental, y que en consecuencia son el punto de partida para la regulación de los conflictos derivados de la investigación biomédica.

4) Finalmente, hay asuntos en los que la apelación a los derechos fundamentales resulta del todo inútil, como en los casos de investigación con animales (Méndez Baiges).

## C) LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS AVANCES BIOMÉDICOS

### a) Aproximación al bioderecho

La ética por sí sola no puede afrontar los desafíos de la investigación biomédica del siglo XXI. Los principios de la bioética pretenden dar pautas que ayuden a tomar decisiones sobre asuntos conflictivos relativos a la vida, pero no pueden garantizar el orden y la paz social, ya que al carecer del elemento coactivo e impositivo no pueden prohibir ni prescribir nada, más allá, evidentemente, del ámbito de las conciencias personales.

Los grandes retos de la biomedicina generan discrepancia y confrontación social, por lo que no resulta extraño que en estos casos sea la sociedad la que demande al legislador (o a los jueces) que intervenga con la finalidad de marcar los límites de lo que se puede y no se puede hacer. Esa es precisamente la finalidad del Derecho, proporcionar criterios que sirvan para resolver conflictos y ordenar la convivencia humana. En los Estados Unidos, cuna del movimiento bioético, desde un principio la dimensión jurídica de la bioética estuvo muy presente, particularmente a través de una serie de famosas decisiones judiciales que fueron desarrollando progresivamente el marco jurídico de los avances biomédicos. En España, por

una serie de razones históricas cuyo relato ahorraré al lector habida cuenta de su evidencia, la intervención del Derecho tardó algo más en hacer su aparición, pero desde finales de los años setenta del pasado siglo hasta hoy se ha ido generando un cuerpo notable de normas jurídicas relativas a la biomedicina.

Las denominaciones empleadas para definir a este sector del ordenamiento jurídico que se ocupa de los aspectos normativos de los adelantos biomédicos son muy variadas. Así, Vila-Coro recurre al concepto de “Biojurídica”, mientras que otros autores emplean el término “Bioderecho” (Casado) o “Derecho Biomédico” (Romeo Casabona). Por su parte, Méndez Baiges se refiere a la “Bioética y Derecho” como una rama específica de la bioética que se ocupa de los aspectos éticos y jurídicos de las actividades biomédicas y cuyo objeto específico está constituido por la dimensión normativa de los avances en biomedicina en tanto que estos tienen repercusión jurídica.

Ahora bien, la regulación jurídica relativa a la biomedicina plantea dos interrogantes básicos. En primer lugar ¿cuándo ha de intervenir el Derecho? Y a continuación, ¿de qué forma ha de hacerlo? Trataremos de responder a ambas preguntas de forma separada en los siguientes epígrafes.

## b) ¿Cuándo debe intervenir el Derecho?

El sociólogo alemán Beck sostuvo que el elemento que caracterizaba a las sociedades tecnológicas era el riesgo, a lo que habríamos de añadir que tan característico como el riesgo es la hipertrofia legislativa, manifestada a través de una ingente marea de normas que constituyen todo un mundo inescrutable incluso para el más atento de los juristas. Pues bien, no creo que sea lo más oportuno contribuir a esta elephantiasis normativa saturando a la biomedicina con normas jurídicas de todo tipo en un afán por regular y contemplar cualquier eventualidad. Al contrario, entiendo que el legislador debe ser prudente en lo que respecta a la biomedicina y sus avances, puesto que no

debemos olvidar que el objeto de una potencial regulación se caracteriza precisamente por su propia incertidumbre e imprevisibilidad, y parece que el sentido común aconseja esperar y observar el rumbo que toman dichos acontecimientos en el seno de la sociedad.

Por de pronto, no debe olvidarse que junto a las normas jurídicas propiamente dichas coexisten los códigos deontológicos mediante los cuales los profesionales autorregulan el ejercicio correcto de su actividad, otorgando forma de regla vinculante interna a lo que no es más que la expresión de la ética determinada de un colectivo. Por ejemplo, la Asociación Médica Mundial promulgó en 1964 (enmendada de forma sucesiva hasta 2002) la Declaración de Helsinki de principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos, siendo su finalidad la de “orientar a los médicos y a otras personas que realizan investigación médica en seres humanos”. Igualmente, el Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas aprobó en 1982 (y enmendó en 1993 y 2002) unas Guías Éticas Internacionales para investigación biomédica que involucra a seres humanos. Estas normas deontológicas constituyen algo más que los dictados de la moral de cada individuo y su utilidad como instrumento de control social periférico y previo al ordenamiento jurídico está fuera de toda duda.

A nivel legislativo, la prudencia puede traducirse en una serie de medidas radicales, como la completa abstención normativa, la introducción de moratorias o la prohibición de empleo de una determinada técnica o línea de investigación temporalmente condicionada a la resolución de ciertos interrogantes. Sin embargo, en mi opinión la prudencia no implica que el legislador dimita de sus obligaciones y, con el argumento de la imprevisibilidad científica y la ausencia de acuerdo, abandone la resolución de los conflictos sociales que plantea la biomedicina a la praxis judicial. Aunque en nuestra doctrina hay quienes apuestan por una primacía de la vía judicial frente a la legislativa (Atienza, Puigpelat Martí), entiendo que el recurso a las sentencias de los Tribunales, muy habitual en el sistema del *common law*, puede

ser útil para resolver supuestos puntuales no previstos expresamente por el ordenamiento jurídico, puesto que éste no tiene por qué contemplar la realidad en su infinita pluralidad (¿pueden los padres esterilizar a un incapaz?, ¿puede una mujer ser fecundada por los espermatozoides criopreservados de su marido en coma sin su consentimiento expreso?), pero cuando nos encontramos ante problemas cruciales y de envergadura social la decisión sólo deben tomarla los órganos en los que reside la soberanía popular por gozar de la máxima legitimidad democrática y representativa. En definitiva, entiendo que la prudencia no debe ser un eufemismo que sirva para que el legislador eluda sus responsabilidades naturales, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1) Ante todo, hay que señalar que es cierto que el Derecho y el legislador no son instrumentos puestos al servicio del científico, de tal forma que aquéllos tengan el deber moral de dar cobertura y seguridad jurídica a todo lo que sea científicamente posible (imperativo tecnológico). Desde luego, coincido con Del Moral García cuando afirma que la ciencia no puede erigirse en criterio jurídico, y las leyes no pueden limitarse a rendirse ante las pretensiones de los científicos, como si fueran ciudadanos de mayor categoría. Sin embargo, la actividad investigadora, que por sí misma está tutelada con las máximas garantías constitucionales, es un pilar fundamental sobre el que se asienta el derecho a la salud, base a su vez del derecho a gozar de una vida digna, y por ello entiendo que el legislador tiene la obligación inexcusable de favorecer el ejercicio del derecho a la libertad de investigar dictando, siempre que sea necesario, las normas jurídicas que lo posibiliten con el límite del respeto al resto de los derechos fundamentales. El poder político no puede actuar en base a lo que Jonas, exageradamente, denominó como “imperativo categórico del temor o la precaución”: *in dubio pro malo*. Esa actitud preventiva frente a la ciencia y la investigación no tienen cabida en nuestra Constitución, la cual, como ya hemos visto, establece que los poderes públicos deben promover la ciencia y la investigación científicamente

ca y técnica (art. 44.2 CE) así como tutelar la salud pública (art. 43.2). En este sentido, considero que debe ser bienvenida la Ley de Investigación Biomédica, en cuanto que pretende responder a los retos que plantea este tipo de investigación, otorgando un marco legal que proporcione seguridad jurídica, y aprovechando sus resultados para la salud y el bienestar colectivo.

2) Coincido con la Profesora Roca en que el Derecho debe aparecer en todos los casos en que la actividad humana lesione derechos fundamentales de los individuos, puesto que las normas jurídicas son la única garantía con que cuenta el ciudadano frente a las actitudes extralimitadas que pretendan conculcarlos.

3) Creo que, además, con carácter general el legislador debería intervenir siempre que las investigaciones científicas que prometan beneficios importantes para la humanidad planteen dilemas morales dentro de una sociedad plural como la nuestra. Evidentemente, la ausencia de consenso social garantiza el rechazo de la intervención del legislador —sea cual sea su sentido— por una parte de la sociedad, pero no creo que nos podamos permitir el lujo de vivir en un estado de absoluta indefinición e inseguridad jurídica frente a los retos de la bioética, hurtando a una parte muy importante de la sociedad, los enfermos, la esperanza del desarrollo de tratamientos terapéuticos de los que depende su futuro. El argumento conservador de que ante la ausencia de un claro acuerdo social no debe intervenir provocaría la parálisis científica y privaría a la comunidad de una serie de avances que podrían resultar trascendentales. En cualquier caso, es la propia sociedad la que con su debate genera la necesidad de regular y la que sirve para pulsar la trascendencia o alcance social del problema planteado, puesto que el Derecho no debe regular conflictos inexistentes y carentes de importancia.

4) No está de más recordar que no conviene abusar del mecanismo más grave que tiene el legislador a su disposición, el punitivo, ya que el Derecho Penal está presidido por el principio de intervención mínima. Frente a la pura

prohibición acompañada de la sanción penal existen alternativas de control y limitación jurídico-civiles y administrativas cuyo concurso normativo debe ser valorado en cada caso.

### c) Bioderecho, comités de ética, juristas y política: el caso de los embriones sobrantes

El legislador, una vez que ha decidido intervenir en función de las pautas más arriba señaladas, se enfrenta necesariamente al trascendental dilema axiológico: qué principios, qué valores ha de proteger y de qué forma. Y es aquí donde hace su aparición la política: todas las cuestiones que afronta la bioética, en el fondo, encierran decisiones de corte político que habrán de tomar los políticos. En una sociedad democrática son nuestros representantes los únicos que tienen la legitimidad final suficiente para optar por una solución entre la pluralidad de respuestas racionales posibles a los problemas planteados.

Claro, esto no significa que la política se mantenga ajena a la sociedad en la que desempeña su tarea y que los políticos puedan (más bien, deban) tomar decisiones al margen de los ciudadanos. Quiero decir que cualquier decisión político-legislativa en el ámbito de la biomedicina y la biotecnología tiene que estar amparada por un previo debate social que, habitualmente, tiene lugar a través de los medios de comunicación que prestan una importante atención a las cuestiones relacionadas con la salud (así, no puede negarse que cualquier persona medianamente informada en nuestro país ha tenido la oportunidad de recibir en los últimos años un auténtico aluvión de noticias sobre las células madre o la clonación). A su vez, dicho debate debe ir precedido de una información veraz y suficiente proporcionada por los científicos, filósofos, juristas, sociólogos y economistas, entre otros, sobre el alcance real de los problemas suscitados, con el fin de que pueda formarse una opinión pública libre y completa. No está de más recordar que el “Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad del ser Humano

con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina”, aprobado el 4 de abril de 1997 en Oviedo (Convenio de Asturias), exhorta a los Estados Contratantes (entre ellos España) a que las cuestiones fundamentales planteadas por los avances de la biología y la medicina sean objeto de un debate público apropiado, a la luz, en particular, de las implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas pertinentes, y de que sus posibles aplicaciones sean objeto de consultas apropiadas (art. 28 Convenio Asturias e, igualmente, art. 18 Declaración UNESCO sobre Bioética). En una sociedad plural en la que conviven planteamientos éticos, morales, religiosos e ideológicos diferentes el debate y la búsqueda del acuerdo son las únicas herramientas legítimas de solución de conflictos. No se trata de democratizar las normas morales, como afirma Vila-Coro, sino de alcanzar un punto de consenso que refleje de la forma más adecuada la moral social compartida, la ética de mínimos, por mucho que todos, como ocurre en cualquier transacción, pierdan algo en el camino. En este sentido, tiene razón Peces-Barba cuando afirma que el pluralismo que da origen a la ética crítica impide la posibilidad de la solución única, aunque una sola solución será la que pueda prosperar, pero no es lo mismo.

La bioética, en cuanto ámbito de pausada y razonada reflexión multidisciplinar, resulta fundamental en el momento prelegislativo, puesto que proporciona la estructura adecuada para llevar a cabo las necesarias discusiones y deliberaciones, especialmente a través de los comités de ética, encargados de desvelar la ética cívica común que permita alcanzar los acuerdos intersubjetivos. Prácticamente en toda Europa existen desde hace años las comisiones nacionales de bioética (incluso, existe una Comité Internacional de Bioética dependiente de la UNESCO), encargadas de emitir opiniones éticas no vinculantes sobre los problemas morales, jurídicos y sociales que desencadena la investigación, experimentación y aplicación de las biotecnologías (Cambrón Infante). Estos comités, cuyo origen hay que situar en la experiencia acumulada en este campo en los



Estados Unidos de América, se caracterizan por ser órganos colegiados de carácter plural, en los que están representadas ideologías y sensibilidades de todo tipo, e interdisciplinar, teniendo cabida en su interior médicos, juristas, filósofos, teólogos y, por supuesto, entre otros muchos, científicos e investigadores. Aunque sus opiniones no tienen dimensión normativa alguna, gozan del prestigio y la *auctoritas* suficiente como para ser atendidas por la sociedad en general y los políticos en particular. La experiencia en nuestro país no es precisamente envidiable al respecto, ya que se tardó mucho tiempo en poner en marcha este tipo de órganos: la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA), que no es un comité de bioética en el sentido estricto del término, no fue creada hasta 1998, mientras que el Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica (CAEICT), no fue constituido hasta el año 2002 por el Patronato de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología. La Ley Investigación Biomédica ha creado por fin el Comité de Bioética como órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la biomedicina y ciencias de la salud (art. 77). El retraso del legislador en la creación de este órgano (compárese con la situación de Francia, donde existe desde 1983 el *Comité consultatif national d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé*) nos ha privado de la oportunidad de contar con una experiencia previa que agradeceríamos ante los nuevos retos de la bioética, pero esperamos que con el paso del tiempo se convierta en una instancia de reflexión que vaya generando un cuerpo de opiniones y decisiones razonadas que enriquezca el debate y a la vez introduzca cierta seguridad y certidumbre.

La labor de los juristas en los comités éticos se limita, por lo que respecta al objeto de este estudio, a identificar la viabilidad jurídica de los avances e investigaciones biomédicas propuestas. Debe tenerse en cuenta que los problemas que se plantean en este ámbito no están contemplados explícitamente en el orde-

namiento jurídico, y por ello le corresponde al jurista recurrir a sus dotes hermenéuticas para desentrañar, a partir de los valores, principios y derechos fundamentales (incluyendo a los derechos humanos recogidos en los textos internacionales) así como del conjunto normativo ordinario una respuesta válida a los interrogantes sometidos a juicio. Ni que decir tiene que en la mayoría de las ocasiones dicha tarea resulta ser extremadamente ardua, llegando a rivalizar la complejidad jurídica con la ética. El caso de la clonación con fines terapéuticos pone de manifiesto en toda su dimensión el desafío jurídico que implican ciertas investigaciones biomédicas. Efectivamente, partiendo del hecho de que se considere moralmente aceptable la clonación terapéutica (lo cual ya ha dado lugar a que se viertan ríos de tinta), surge la pregunta de si es legal, ya que, por un lado, el Convenio de Asturias prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación (art. 18 CE) y, por otro, el Código Penal declara punible “la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza” (art. 160.3 CP): así la fecundación de “óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana” (art. 160.3 CP). Los problemas exegéticos saltan a la vista: ¿Se crea a un ser humano cuando se investiga mediante técnicas de transferencia nuclear? ¿Está tipificada como delito únicamente la clonación reproductiva, o también la terapéutica? ¿Puede considerarse a la transferencia nuclear como un tipo de fecundación de óvulos humanos? El presente estudio no es el lugar adecuado para abordar la respuesta a las cuestiones formuladas, pero de la complejidad de la tarea da fe el hecho de que los propios juristas somos incapaces de alcanzar un consenso en torno a las mismas.

Y una vez finalizado este proceso de debate público y reflexión bioética entra en acción, como advertimos, la política, puesto que la decisión final se adopta por el juego del principio de las mayorías y corresponde a los representantes democráticamente elegidos. El poder político tiene que tomar en consideración el

previo debate social así como las reflexiones llevadas a cabo por los expertos en el marco de la bioética, pero goza de la facultad de decidir si sigue o por el contrario se desvincula de las directrices que dicta un comité de ética o de las admoniciones que le hace una confesión religiosa, porque a él le corresponde ponderar los intereses concurrentes (incluyendo los económicos), priorizar los principios enfrentados y llevar a cabo su visión ideológica y ética en materia de biomedicina, en el marco, claro está, del respeto a los derechos fundamentales y la legalidad vigente. Por supuesto, si el poder de turno opta por dictar normas jurídicas arbitrarias y discrecionales que ignoren tanto la opinión mayoritaria de la sociedad como los planteamientos aportados por la bioética tendrá que asumir que la aplicabilidad de las mismas dependerá única y exclusivamente del grado de fuerza que esté dispuesto a emplear, ya que la ausencia del mínimo consenso social impedirá la eficacia pacífica de dichas normas.

La oscilante legislación reguladora del destino de los embriones crioconservados sobrantes de los programas de fecundación *in vitro* puede servirnos para ilustrar el papel que juega la política. Según datos aproximados, alrededor de 40.000 embriones se encontraban congelados en España a principios del año 2000, por lo que saltó a la palestra el debate sobre la conveniencia de que fueran empleados con fines de investigación. El Gobierno del Partido Popular decidió autorizar mediante la Ley 45/2003 la investigación con los preembriones supernumerarios, pero únicamente respecto a aquellos que hubieren sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley. Además, limitó a tres tanto el número de ovocitos a fecundar como el de preembriones a transferir a la mujer en un solo ciclo (art. 4.3 Ley 45/2003). Realmente, ni la CNRHA ni la CAEICT recomendaron tales medidas, ya que, por un lado, aconsejaron que los embriones fueran empleados para obtener células troncales por sus posibles aplicaciones terapéuticas y de prevención de enfermedades graves, sin distinguir entre los congelados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley y los futuros

(distinción que, dicho sea de paso, manifiesta una incoherencia mayúscula: ¿qué diferencia ontológica puede haber entre los embriones crioconservados antes y después de la fecha arbitraria fijada por el legislador?). Con relación a la segunda medida, la CAEICT se limitó a señalar la conveniencia de reducir el número de embriones acumulados, mientras que la CNRHA se pronunció directamente en contra de la limitación del número de ovocitos a fecundar. Pues bien, acaecido el cambio político el Gobierno socialista decidió eliminar, a través de la Ley 14/2006, la señalada limitación por entender que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida al impedir poner los medios necesarios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer. Además, permitió la donación de los embriones sobrantes con fines de investigación, independientemente de la fecha en que éstos hubieren sido generados, acabando de esa forma con la anterior ley de “punto final” (así la denomina Soutullo). Puede verse cómo el primer Gobierno adoptó unas medidas cuya finalidad era, por un lado, evitar la formación de embriones sobrantes sacrificando los derechos reproductivos y la salud de las mujeres, y, por otro lado, cerrar la puerta a cualquier tipo de investigación. Por el contrario, el segundo opta por favorecer tanto los derechos reproductivos y la salud de la mujer como la investigación con embriones. El resultado final es el de un vaivén de regulaciones jurídicas contradictorias que expresan la ideología y los planteamientos políticos, éticos y religiosos de cada gobierno, más allá, especialmente en el primer caso, de los consejos dados por los comités de expertos o de la opinión social mayoritaria (así, los enfermos de diabetes presentaron 1.300.000 firmas solicitando la legalización de la investigación con células troncales de origen embrionario, mientras que los estudios demoscópicos pusieron de manifiesto la existencia de un apoyo social mayoritario a la misma). Desde luego, la levedad o fragilidad legislativa no debe ser algo de lo que sentirnos orgullosos, especialmente en el ámbito de las investigaciones biomédicas en el que la normativa debería gozar de un cier-

to grado de estabilidad que otorgue seguridad jurídica a los científicos e investigadores, pero quizá sea éste el precio que haya de pagar toda sociedad democrática y plural.

## D) ¿HACIA UN BIODERECHO GLOBAL?

El Derecho comparado pone de manifiesto muy claramente el pluralismo moral y los diferentes planteamientos que existen en el ámbito de la bioética. Efectivamente, cualquier experto en la materia sabe que cada país tiene un sello propio o impronta nacional en la forma de afrontar y regular los problemas biomédicos. El bioderecho es tributario de los programas éticos y principios valorativos propios de la sociedad en que se genera, además de otro tipo de circunstancias políticas y económicas cuyo peso a la hora de crear el marco jurídico de la bioética no puede minusvalorarse. Así, el Reino Unido está considerado como el mayor exponente de la ética utilitarista o consecuencialista en el ámbito biomédico, destacando la existencia de un organismo denominado *Human Embriology and Fertilisation Authority* que ha sido pionero a nivel mundial en la autorización de determinadas técnicas tan conflictivas como la clonación con fines terapéuticos o, más recientemente, la creación de embriones híbridos humano-animal con la finalidad de desarrollar terapias basadas en las células madre (*El País*, 5 de septiembre de 2007). La legislación española, con ciertas singularidades, se aproxima al planteamiento progresista británico (no en vano, nuestra ley sobre reproducción asistida se inspira claramente en el célebre *Informe Warnock*). Posiblemente Alemania se sitúa en las antípodas, al contar, por razones históricas conocidas, con una legislación muy restrictiva inspirada en la ética ontológica, reflejada en la doctrina del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) que reconoce al embrión dignidad humana y derecho a la vida. La legislación italiana, que ha tenido que lidiar con la indisimulada presión de la jerarquía católica, también se caracteriza por otorgar una amplia tutela a la vida del embrión, prohibiéndose ex-

presamente cualquier actividad de experimentación, sea o no viable (art. 13 de la *Legge in materia di procreazione medicalmente assistita*).

Ahora bien, la visión de la bioética en clave puramente local choca con una circunstancia indiscutible: los retos de los avances biomédicos afectan a la humanidad en su conjunto y las cuestiones de bioética tienen una dimensión claramente internacional. Por ejemplo, las prohibiciones expresas o moratorias nacionales pueden ser un brindis al sol si se tiene en cuenta que no hacen sino incentivar la migración de enfermos y científicos hacia las clínicas y laboratorios situados en los nuevos “paraísos biomédicos”. Estas preocupaciones han hecho que la bioética se haya adentrado en una nueva fase de su breve historia, caracterizada, a partir de los años noventa del siglo pasado, por la aparición de instrumentos normativos (o pseudonormativos) supranacionales que persiguen la unificación legislativa del bioderecho mediante el reconocimiento expreso de una serie de derechos fundamentales aplicables en el ámbito de los avances biomédicos. Estos textos son el ya citado Convenio de Asturias, la Declaración Universal de la UNESCO sobre Derechos Humanos y Genoma Humano de 1997, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2000, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de 2003 y la Declaración de Naciones Unidas sobre la Clonación Humana de 18 de febrero de 2005.

El alcance o eficacia de estos textos que constituyen el punto de partida de un posible “Derecho universal de la Bioética” (Bellver Capella) es diferente. Mientras el Convenio de Asturias es un instrumento con fuerza jurídica directa y eficacia vinculante para todos aquellos Estados que lo ratifican (como el nuestro), las Declaraciones de la UNESCO no pueden ser consideradas como normas jurídicas puesto que se trata de simples manifestaciones genéricas de principios e intenciones carentes de obligatoriedad. En cuanto a la Carta de la Unión Europea, tras el fracasado episodio de la Constitución Europea parece que finalmente pasará a formar parte de un nuevo Tratado, ad-

quiriendo el rango de norma jurídica propiamente dicha. En cualquier caso, puede decirse que todos ellos comparten una serie de valores o principios generales que, en el fondo, no son más que una reproducción o una concreción actualizada de los derechos humanos universalmente reconocidos:

1) El respeto a la dignidad humana, en cuanto fundamento de cualquier regulación en materia biomédica (art. 1 Convenio Asturias, arts. 1 y 2 Declaración sobre Genoma Humano, art. 1 Carta, art. 1.a Declaración sobre los Datos Genéticos y epígrafes b) y c) Declaración sobre Clonación), y la primacía del ser humano (art. 2 Convenio Asturias).

2) Libertad de investigación (art. 15 Convenio de Asturias, art. 12 Declaración sobre Genoma Humano, art. 13 Carta, y art. 1 Declaración sobre los Datos Genéticos)

3) Necesidad de consentimiento informado (arts. 5 y ss. Convenio Asturias, art. 5 Declaración sobre Genoma Humano, art. 3.2 Carta, y art. 8 Declaración sobre los Datos Genéticos).

4) Obligatoriedad de evaluar de manera rigurosa los riesgos y las ventajas en los casos de investigación y experimentación con seres humanos (arts. 16 y 17 Convenio Asturias, art. 5 Declaración sobre Genoma Humano).

5) Privacidad y confidencialidad (art. 10 Convenio Asturias, art. 7 Declaración sobre Genoma Humano y art. 14 Declaración sobre los Datos Genéticos).

6) Principio de no discriminación (art. 11 Convenio Asturias, art. 6 Declaración sobre Genoma Humano y art. 7 Declaración sobre los Datos Genéticos).

7) Equidad en el acceso a los recursos científicos y sanitarios (art. 24 Convenio Asturias y art. 8 Declaración sobre Genoma Humano) y aprovechamiento compartido de los beneficios resultantes de la investigación (art. 19 Declaración sobre los Datos Genéticos).

8) Reparación equitativa del daño injustificado como resultado de una intervención (art. 24 Convenio Asturias, art. 8 Declaración sobre Genoma Humano y art. 14 Declaración sobre los Datos Genéticos).

Puede decirse, a modo de conclusión, que el proceso de construcción de un bioderecho global ya se ha puesto en marcha, pero son muchas las incógnitas que se vislumbran en el horizonte más cercano sobre el alcance real de esta internacionalización del marco jurídico de la bioética. Dificilmente los países subidos al carro de la revolución biomédica estarán dispuestos a aceptar normas uniformes que pongan freno a la misma, por lo que la búsqueda de espacios comunes de consenso se antoja compleja. Eso ha ocurrido con la Declaración de Naciones Unidas sobre la Clonación Humana, que no ha sido capaz de generar el acuerdo que se pretendía (fue aprobada con 84 votos a favor, 34 en contra y 37 abstenciones), habiendo anunciado países como el Reino Unido o Bélgica que continuarán con sus investigaciones haciendo caso omiso de la prohibición general que contiene. Así pues, no creo incurrir en un pesimismo injustificado si concluyo diciendo que las perspectivas locales con las que se afrontan los avances biomédicos son, hoy por hoy, una barrera al proceso de armonización legislativa. Parafraseando a FEITO GRANDE, la deliberación y la búsqueda de acuerdos es posible, pero tan difícil que parece imposible.

## 4. CONCLUSIÓN

Los avances biomédicos constituyen un desafío de enormes proporciones para nuestra sociedad. La investigación en el campo de la biomedicina genera grandes esperanzas entre los enfermos que sufren patologías actualmente incurables, a la vez que reservas por las implicaciones éticas, morales y religiosas que conlleva. La bioética, en cuanto ética de la vida, es el marco más adecuado para analizar en toda su dimensión los problemas planteados y aportar las soluciones éticamente más adecuadas. No obstante, en una sociedad asentada en el pluralismo moral como la nuestra no hay cabida para las pretensiones de imponer un único código ético, sea éste el que sea, y por ello defendemos una noción flexible y laica de la bioética, basada

en el diálogo interdisciplinar, abierto y plural, como única forma de llegar a construir, mediante los correspondientes acuerdos intersubjetivos, una ética cívica de mínimos en la que la sociedad pueda sentirse representada. Los derechos fundamentales, que se asientan en un conjunto de valores en los que reside el mínimo común ético, se enriquecen precisamente de la moralidad crítica que se va precisando a través de la bioética. Por su parte, el legislador tiene el deber constitucional de promover la ciencia y la actividad investigadora, por lo que ha de favorecer el desarrollo del derecho a la

libertad de investigación biomédica otorgando a los científicos, cuando sea necesario, un marco jurídico lo suficientemente seguro, salvo en aquellos casos en que su ejercicio entre en colisión con otros derechos fundamentales. En cualquier caso, debe recordarse que el bio-derecho no es autónomo de la ética, y por eso las normas jurídicas que pretendan regular los avances biomédicos tienen que tener en cuenta los consejos proporcionados desde la bioética a través de los correspondientes comités específicamente creados para tal fin, por mucho que la respuesta última tenga que adoptarse desde el ámbito de la política.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- Atienza, M., "Juridificar la bioética", en R. Vázquez, *Bioética y derecho*, México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1999, pp.64 a 91.
- Beller Capella, V., "¿Existe una ética universal? Bioética y derechos", *Cuadernos de Bioética*, 2004, 3º, pp. 437 a 455.
- Cambrón Infante, A., "Funciones y limitaciones de las Comisiones nacionales de Bioética", en M. Casado, *Bioética, Derecho y sociedad*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 75 a 106.
- Casado, M., "La Bioética", en María Casado (Coord.), *Materiales de Bioética y Derecho*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1996, pp. 33 a 47.
- Los derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética", en C. Romeo Casabona (Coord.), *Derecho biomédico y bioética*, Granada, Comares, 1998, pp. 113 a 135.
- "Hacia un concepción flexible de la bioética", en M. Casado (Coord.), *Estudios de Bioética y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- "Bioética y Derecho", en H. Gros Espiell, Y. Gómez Sánchez, *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de las UNESCO*, Granada, Comares, 2006, pp. 29 a 46.
- Cortina, A., "Ética de las biotecnologías", *Isegoría*, nº 27, 2002, pp. 73-90.
- Del Moral García, A., "Derecho, legisladores, jueces y juristas ante la Bioética y la deontología médica", *Cuadernos de Bioética*, XVI, 2005, 2ª, pp. 175 a 189.
- Durbin, P. T., "Ética, o cómo tratar democráticamente los problemas tecnosociales", *Isegoría*, nº 28, julio 2003, pp. 19 a 31.
- Dworkin, R., "Jugar a ser Dios: genes, clones y suerte", *Claves de la razón práctica*, nº. 135, pp. 4 a 13.
- Feito Grande, L., "La imposible posibilidad de los acuerdos en Bioética", en *Bioética: la cuestión de la dignidad*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2004, pp. 39 a 67.
- Gafo, J., "Historia de una nueva disciplina: la Bioética", en C. Romeo Casabona (Coord.), *Derecho biomédico y bioética*, Granada, Comares, 1998, pp. 151 a 164.
- González, J., "Valores éticos de la ciencia", en R. Vázquez, *Bioética y derecho*, México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1999, pp. 25 a 41.
- González R., Graciano, A., "Bioética: entre el imperativo tecnológico y el imperativo ético", en J.Mª.Gª. Gómez-Heras, C. Velayos Castelo, *Bioética. Perspectivas emergentes y nuevos problemas*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 115 a 144.
- Gracia, D., *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Madrid, Eudema, 1991.
- Jonas, H., *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 2004.
- Jonsen, A.R., S. Toulmin, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, Berkeley-Los Ángeles-Londres, University of California Press, 1989.
- Lacadena, J.R., *Genética y Bioética*, 2ª ed., Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2003.
- Kass, L., *Life, Liberty and the Defense of Dignity: The Challenge for Bioethics*. San Francisco, Encounter Books, 2003.
- Méndez Baiges, V., "Las relaciones entre la bioética y el derecho", *Revista de Bioética y Derecho*, nº 6, marzo 2006, pp. 1 a 4, [http://www.ub.es/fildt/revista/pdf/RByD6\\_ArtMendez.pdf](http://www.ub.es/fildt/revista/pdf/RByD6_ArtMendez.pdf)
- Moure González, E., "Los retos jurídicos que plantea la biotecnología", en *Derecho y Salud*, Vol. 13, nº 2, 2005, pp. 257 a 284.

- Peces-Barba Martínez, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999.
- Pérez Luño, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- Puigpelat M.F., “Bioética y valores constitucionales”, en M. Casado, *Bioética, Derecho y sociedad*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 35 a 54.
- Rescher, N., “Razón y valores en la Era científico – tecnológica”, Barcelona, Paidós, 1999.
- Roca Triás, E., “Biotecnología y normas jurídicas”, *Derecho y Salud*, Vol. 12, 1, 2004, pp. 25 a 42.
- Romeo Casabona, C., “Las relaciones entre la Bioética y el Derecho”, en C. Romeo Casabona (Coord.), *Derecho biomédico y bioética*, Granada, Comares, 1998, pp. 87 a 11.
- Sánchez González, M.A., “La Bioética que se puede enseñar y lo que puede enseñar la Bioética”, en *Bioética, Religión y Derecho*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2005, pp. 113 a 123.
- Sloterdijk, P., *De terror y de genes Un alegato por la deshistorización de dos campañas de autoexcitación*, <http://www.alcoberro.info/V1/sloterdijk3.htm>.
- Soutullou, D., *Las células madre, el genoma y las intervenciones genéticas*, Madrid, Talasa, 2006.
- Singer, M., “De compras por el supermercado genético”, *Isegoría*, nº 27, 2002, pp. 19 a 40.
- Valls, R., “Ética para la bioética”, Barcelona, Gedisa, 2003.
- “Conferencia Final del Máster en Bioética y Derecho”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 1, 2004, pp. 3 y 4. <http://www.ub.es/fildt/revista/pdf/RByD1.pdf>.
- Vila-Coro, Mª. D., “El marco jurídico en la bioética”, *Cuadernos de Bioética*, XVI, 2005/3ª, pp. 313 a 321.
- Voces “Bioética” y “Biojurídica”, en Carlos Simón Vázquez, *Diccionario de Bioética*, Burgos, Monte Carmelo, 2006.
- Ziman, J., “Ciencia y sociedad civil”, *Isegoría*, nº 28, julio 2003, pp. 5 a 20.



## RESUMEN

El presente ensayo analiza los que, a juicio del autor, han sido vicios recurrentes de la doctrina laboralista en el debate jurídico-político de las últimas décadas. El primero sería una actitud de reluctancia ante los cambios socioeconómicos en curso que se ha traducido en lo que un psicólogo llamaría actitudes de rechazo de la realidad. Lo que, a juicio de su autor, ha minimizado el papel de la doctrina y sus posibilidades reales de influencia. El segundo, al que ha contribuido el diseño de la carrera universitaria y la demanda de la industria editorial, es una tendencia a la banalización de la producción científica. El tercero es la politización que lleva al científico a prestarse al juego partidario y a la autocensura.

## PALABRAS CLAVE

DOCTRINA, DERECHO DEL TRABAJO, ECONOMÍA, GLOBALIZACIÓN, POLITIZACIÓN.

## ABSTRACT

This essay analyses the recurring errors which, in accordance to the author, have plagued employment law scholars' work in the legal and political debate of the last decades. The first error would be a lack of acknowledgement of ongoing social and economic changes, an attitude a psychologist would call reality denial. In accordance to the author, this fact has minimised the role of scholars and their chances of being influential. The second error is the tendency of trivialization of scientific production aided by the way a career at university is designed and by what the publishing houses demand. The third error is the politization of the scientist who has entered the party game and his indulging in self-censorship.

## KEY WORDS

DOCTRINE, LABOUR LAW, ECONOMY, GLOBALIZATION, POLITIZATION.



# SOBRE LA DOCTRINA LABORALISTA Y SUS VICIOS\*

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Catedrático de Derecho del Trabajo  
Universidad Complutense

El propósito de este breve ensayo es el de reflexionar críticamente, dentro de los límites de una comunicación, sobre el papel desempeñado por la doctrina laboralista en el debate jurídico laboral de las últimas décadas. Voy —como es lógico— a ceñirme al examen de la doctrina española, de la que formo parte y única de la que me siento capaz de hablar con cierto conocimiento de causa, pero creo recordar que en italiano se dice que “tutto il mondo é paese”.

Precisamente un filósofo y psicólogo italiano al que leo con placer, Humberto Galimberti, gusta decir que no son las virtudes sino los vicios, los que nos dicen quién es en cada momento el hombre. Pues bien, parafraseando a Galimberti, quisiera en mi intervención preguntarme, porque la pregunta puede ser igualmente iluminadora, cuáles han sido y son los vicios con los que la doctrina laboralista española, en la que desde luego me reconozco, ha afrontando el debate jurídico laboral de las últimas décadas.

El ejercicio puede, creo, resultar interesante. El tiempo transcurrido desde las crisis económicas de los años setenta, verdadero punto de inflexión en la evolución de nuestra disciplina, es suficientemente extenso —más de un cuarto de siglo— como para poder formular la pregunta e intentar darle respuesta. Basta

observar nuestros debates con cierto distanciamiento, para advertir prejuicios y conductas recurrentes, que seguramente conviene identificar. Y en última instancia, siempre es bueno reflexionar sobre lo que se ha sido porque es muy probable que no seamos otra cosa.

Hablar de la doctrina laboralista *in genere*, si se pretendieran imputar responsabilidades, supondría, sin lugar a dudas, incurrir en una generalización injusta. El rigor científico exigiría la cita exacta y precisa. Pero no se trata de imputar nada a nadie, como no sea a mí mismo, sino de reflexionar sobre lo que creo han sido y son planteamientos y tendencias, creo, ampliamente compartidas.

El primer reproche que, a mi juicio, cabría hacer a la doctrina laboralista española —y no sé si a la doctrina laboralista “tout court”— si se analizan con prudente distanciamiento nuestros debates de las últimas décadas, es una permanente actitud de reluctancia ante los cambios socioeconómicos en curso, actitud que se ha traducido en lo que un psicólogo llamaría recurrentes comportamientos de “negación de la realidad”. En efecto, vistos con distancia nuestros debates han sido, en pureza, más debates sobre nosotros mismos y para nosotros mismos, que sobre la trascendencia de los profundísimos cambios socioeconómicos a los que hemos asistido y sobre la capacidad del

\* Texto reelaborado de la intervención del autor en el Convegno celebrado en la Universidad de Bolonia los días 20 y 21 de Junio de 2007 sobre “Il lavoro: valore, significato, identità, regole”.

Derecho del Trabajo de afrontarlos. Han sido debates que han versado más sobre nuestra capacidad de asimilar la nueva realidad —quizás su principal virtualidad haya sido ayudarnos a hacerlo— que sobre la realidad misma.

En los setenta, necesitamos importar de Italia el debate sobre el “Derecho del trabajo de la emergencia”, para asumir la gravedad y el alcance de las dos graves crisis económicas de la década; crisis que sin embargo estaban dando al traste con enteros sectores productivos y condenando a enteras áreas del país al desierto industrial. En los ochenta y buena parte de los noventa, pese a la dramática situación del mercado de trabajo español, la doctrina laboralista española se mostraba tan reacia a asimilar la necesidad de políticas flexibilizadoras, que necesitó de un debate que hoy nos resulta ingenuo y maniqueo, el de la flexibilidad —buena— versus la desregulación —mala—, para ponerse en disposición de digerir los cambios que se avecinaban y que el legislador no tardaría en formular. La verdad es que el legislador del año 1994 se llevó por delante la distinción de marras porque en la profundísima reforma del Ordenamiento laboral que llevó a cabo, la más profunda de las realizadas en nuestro Ordenamiento en las últimas décadas, utilizó intensamente unas y otras técnicas, y desreguló intensamente instituciones, como el salario o la jornada, hasta entonces sometidas a la hipertrofia reglamentista franquista.

La reforma del 1994 —que, no se olvide, fue obra del último gobierno de Felipe González— obligó a una profunda reconversión cultural e ideológica de la doctrina española, que, al interpretar el nuevo Estatuto de los Trabajadores, tuvo que ir asumiendo los nuevos valores que la norma incorporaba. El análisis técnico-jurídico de la reforma da cuenta de esta paulatina asimilación y reconversión ideológica. No faltó, sin embargo, un sector doctrinal ni tampoco, como es lógico, un sector de la magistratura que por vía interpretativa intentó minimizar el alcance de la reforma y resucitar, incluso, instituciones — como el despido nulo por fraude de ley— que el legislador había querido desterrar y definitivamente dejar des-

terrado. Leyendo alguna jurisprudencia, llega uno a preguntarse cuántas intervenciones del legislador necesitan algunos jueces para asumir que se ha producido una reforma legal.

Probablemente, quien mejor y más pronto asimiló los nuevos valores de la reforma fue la negociación colectiva que asumió pronto la lógica contractual que la inspiraba y, con inevitables discontinuidades, ocupó los nuevos espacios para la regulación que el legislador le había abierto.

Curiosamente, durante buena parte de los dos mandatos del gobierno de Aznar, la doctrina laboralista española mantuvo en general una actitud muy moderada en su crítica. Seguramente, por dos razones. En primer lugar, porque las reformas auspiciadas por el gobierno de centroderecha fueron en sí mismas moderadas y coincidieron, además, con una fase de espectacular desarrollo económico y creación de empleo. Y en segundo lugar, porque la gran mayoría de esas reformas fueron resultado de la concertación social y, como es sabido, al menos entre nosotros, todo producto de la concertación social, como todo producto de la negociación colectiva, es intrínsecamente bueno. Hubo que esperar, en efecto, a que el gobierno mostrase sus principales signos de agotamiento y se quebrase el diálogo social, para que la doctrina recuperase su vigor crítico.

El último capítulo de esta actitud de ocultamiento frente a la realidad viene dada por la “Vulgata” sobre la globalización que el laboralismo ha asumido y que se repite como una triste lamentación recurrente. La globalización no es un proceso abierto, lleno de riesgos y también de oportunidades; es la última perversión del capitalismo, destinada a erosionar por doquier los derechos sociolaborales. Por eso, rara vez se va más allá de la patética descripción del proceso, rara vez se desciende al análisis de los efectos laborales concretos que los procesos de deslocalización productiva están teniendo sobre nuestros mercados de trabajo y nuestra economía y aun más raramente se hacen propuestas concretas para gestionar el proceso y sus efectos sociales.

Esta actitud de negación de la realidad a la que aludo ha disminuido, en efecto, considerablemente las posibilidades de la doctrina laboralista, tanto en el debate político como en el diseño de las reformas legislativas realizadas. Son, entre nosotros, raras las propuestas doctrinales de *lege ferenda* y todavía más raras las que el legislador asume. En este contexto, no extrañará que en unas recientes jornadas sobre las futuras reformas del mercado de trabajo, José María Fidalgo, Secretario General de CC.OO, comentase que para él era mucho más interesante un análisis detenido de los indicadores económicos, que oír las reflexiones de los profesores de Derecho del Trabajo. Quizás porque las reflexiones de los profesores de Derecho del Trabajo nunca parten de un análisis detenido de los indicadores económicos a los que el jurista sigue mirando con suspicacia y soberbia.

En este sentido, una de las carencias más graves que, a mi entender, se advierten en nuestro panorama doctrinal es la inexistencia de equipos de investigación interdisciplinares de economistas y iuslaboralistas que podrían, estoy convencido, resultar de enorme interés, para afrontar las reformas que tenemos por delante. Conseguir que economistas y juristas logren pensar juntos; que, primero, sean capaces de entender sus respectivas lógicas y, luego, sean capaces de colaborar en la formulación de propuestas concretas, parece, al menos entre nosotros, un empeño sobrehumano y no debiera serlo. Quizás bastase al efecto asumir con naturalidad las propias limitaciones y ser receptivo al discurso del otro. Mi experiencia me dice que muchas de las tradicionales tensiones entre los ministerios de economía y trabajo son fruto de esta carencia: las tensiones entre estos ministerios son las tensiones de sus grupos de asesores que son incapaces de escucharse, entenderse y trabajar juntos.

Un segundo reproche que creo puede hacerse a la doctrina, con abundantes y honrosísimas excepciones como es obvio, a mi juicio estrechamente ligado al anterior, y al que ha contribuido también decisivamente el diseño de la carrera universitaria y en alguna medi-

da la industria editorial, es una tendencia a la banalización de la producción científica. En efecto, si hubiera que describir grosso modo la producción científica típica que se ha impuesto en los últimos años habría que hablar de un análisis descriptivo y plano, apegado a la norma legal y a la interpretación jurisprudencial de la misma, que da cuenta del estado de cosas; mas está desprovisto de vigor crítico. ¿Dónde están los análisis que se atreven a impugnar los planteamientos del legislador, europeo o nacional? ¿dónde los que arriesguen soluciones alternativas? ¿dónde los que deshagan lugares comunes y obliguen a replantearnos instituciones y conceptos recibidos? Como apuntaba, estas carencias tienen mucho que ver con la denunciada más arriba: como el laboralista no puede enfrentarse a la realidad, se refugia en el análisis descriptivo del derecho vigente, el único frente al que se siente seguro, el único del que es capaz de hablar con solvencia. Un análisis que, por otra parte, es el que prefiere el mercado editorial jurídico, que se enfrenta al consumismo jurídico. En el mismo sentido, en fin, abunda el diseño de la carrera universitaria que prima la producción cuantitativa frente a la cualitativa: como se juzga más en función de las páginas escritas que sobre las verdaderas aportaciones contenidas en las mismas, se eligen temas de investigación “ad hoc” y se eluden los más graves y comprometidos.

El tercer reproche que, a mi juicio, puede hacerse a la doctrina laboralista española — creo — es el de una politización que, por momentos, resulta indecorosa. Ya no tengo edad para tener una visión “naïf” del compromiso político de los intelectuales, pero creo que aunque sólo fuera por razones de autoestima debiéramos evitar determinadas actitudes y comportamientos. La intensidad y el alcance de la crítica no debiera depender de la proximidad política del que escribe con el gobierno de turno porque ninguna memoria es tan grande como la del ridículo.

El distanciamiento crítico es fundamental, y no debiéramos prestarnos al juego partidario. Como escribió en su día Talcot Parsons, probablemente el sociólogo americano más

influyente del siglo pasado, “del profesional se espera que no se dedique al propio interés personal, sino ... a perseguir valores impersonales como el avance de la ciencia”<sup>1</sup>. Una misma medida o una misma técnica jurídica no puede ser mala y buena, inconstitucional y constitucional, ataque intolerable a los derechos de los trabajadores o ejemplar manifestación de realismo, dependiendo de cuál sea el color político del gobierno que la propone o de si la medida viene o no avalada por la concertación social.

Permítaseme un ejemplo menor pero expresivo de lo que digo. La Constitución española de 1978, como reacción contra una práctica habitual del régimen franquista, redujo considerablemente el ámbito de actuación del Decreto —Ley. Conforme al artículo 86.2 de la Constitución, el decreto-ley solo puede ser utilizado en casos de “extraordinaria y urgente necesidad”, sin que su contenido pueda “afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado” ni “a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos”. Pues bien, contrariamente a lo que de una lectura literal del precepto podría deducirse, con la connivencia del Tribunal Constitucional, se ha producido en los últimos años una frivolidad del recurso al decreto-ley que pese a ser concebido como un recurso extraordinario ha sido, sobre todo en materia laboral, utilizado con largueza, como si extraordinario no fuera. Tan es así que las reformas laborales pactadas en la mesa de la concertación social, negociadas durante meses, han sido luego instrumentadas mediante decreto-ley, ninguneando al Parlamento. Tal desnaturalización de la figura del decreto-ley se ha producido sin apenas reproches por parte de la doctrina, hasta el punto que hay quien se ha preguntado si es el concepto de la “extraordinaria y urgente necesidad” podía considerarse dispositivo para las partes sociales.

Pero hete aquí que en Mayo del 2002 el Gobierno de Aznar dicta, con la oposición sindical, un decreto ley que modifica sustancialmente la regulación del desempleo y afecta a la regulación del despido, utilizando como justificación constitucional de la extraordina-

ria y urgente necesidad las banalidades acostumbres. Entonces un sector de la doctrina laboralista firma un manifiesto denunciando en términos gruesos la utilización espuria del decreto-ley; denuncia perfectamente compatible pero no menos válida para otras utilidades anteriores y posteriores de la figura. La reforma laboral del 2006, por ejemplo, fruto de una negociación de muchos meses entre los sindicatos, la patronal y el gobierno, se vuelve a instrumentar a través de un decreto-ley, sin que se hayan producido mayores denuncias al respecto. El manifiesto, ha tenido, con todo, un final feliz porque aunque el decreto-ley fue tramitado posteriormente como proyecto de ley, tramitación por cierto durante la cual su contenido fue pactado con los sindicatos, recientemente el Tribunal Constitucional ha sentenciado que su utilización en aquel caso era contraria al art. 86. 2 de la Constitución (STCo. 28 -III- 2007), por inexistencia del presupuesto habilitante, esto es, la extraordinaria y urgente necesidad exigida por el precepto constitucional. Aunque este pronunciamiento esté desprovisto de efectos prácticos, pues como he dicho el decreto-ley fue tramitado como proyecto de ley y por consiguiente el pronunciamiento del Tribunal se produce cuando el decreto-ley lleva años derogado, puede contribuir a evitar esa desnaturalización del decreto-ley a la que aludía.

Capítulo aparte merecen los fenómenos de autocensura. La reforma social más importante y grave de las llevadas a cabo en mi país, durante el período de gobierno del Sr. Zapatero, no ha sido la levisima reforma laboral fruto de la concertación social del 2006, que ha merecido una desorbitada atención doctrinal, hasta el punto que sobre la misma se han publicado hasta ocho libros —uno de ellos, el mío—; tampoco la muy publicitada y publicitaria Ley de Igualdad, semielaborada y prolija, cuyos efectos reales —más allá de la retórica— habrá que analizar cuidadosamente; la reforma social más importante ha sido la reforma de la estructura del Estado, y concretamente la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que si el Tribunal Constitucional no lo

enmienda —hay ocho recursos de inconstitucionalidad planteados contra el mismo, uno de ellos del Defensor del pueblo—, puede afectar gravemente a la solidaridad y el equilibrio interterritorial del país y a la estructura y viabilidad del sistema de Seguridad Social. Pues bien, una reforma tan trascendente e importante, no ha merecido hasta la fecha, que yo sepa, ninguna reflexión doctrinal, con la excepción de un interesante artículo de un juez del Tribunal Supremo, Aurelio Desdentado Bonete, que ha alertado de los peligros de desintegración del Sistema de Seguridad Social. ¿A qué se debe esta autocensura? ¿por qué una norma, objetivamente tan importante y tan grave, no ha merecido ninguna atención doctrinal? El silencio obedece a evidentes razones de cálculo

político. Importantes sectores de la izquierda doctrinal, que en privado son muy críticos con el Estatuto, no han abierto la boca para no criticar un proyecto estelar de Zapatero. Pero no de forma muy diversa razona la derecha: si el Partido Popular gana las próximas elecciones presumiblemente necesitará para gobernar el apoyo de los partidos nacionalistas, que ya le han exigido, como condición previa a todo eventual pacto, que retire el recurso de inconstitucionalidad que tiene presentado frente al Estatuto.

Ni que decir tengo que, en este contexto, una doctrina crítica que sepa abstraerse del juego partidario y sus sofismas, y pensar libremente resulta imprescindible, porque, en última instancia, es garantía de salud democrática.

## NOTAS

1. De forma más prolija pero más hermosa lo decían los Estatutos de la Institución Libre de Enseñanza, cuyo artículo quince rezaba lo siguiente: “La Institución es completamente ajena a todo espíritu e interés de comunión religiosa, escuela filosófica o partido político, proclamando tan sólo el principio de libertad e inviolabilidad de la ciencia, y de la consiguiente independencia de su indagación y exposición respecto de cualquiera otra autoridad que la de la propia conciencia del profesor, único responsable de sus doctrinas”.

Fecha de recepción de originales: 18 de septiembre de 2007

Fecha de aceptación de originales: 25 de octubre de 2007

## RESUMEN

En este artículo el autor analiza el sentido de la expresión “más allá de toda duda razonable” con la que se define la certeza requerida por la presunción de inocencia en tanto regla de juicio.

La razonabilidad o irrazonabilidad de una duda puede mostrarse mejor con ejemplos que con conceptos. “Más allá de toda duda razonable” está toda proposición que nosotros, los hombres en nuestra vida diaria, llamamos verdadera. Por ello, la presunción de inocencia es una garantía de verdad —de la verdad de la culpa—, y no sólo un principio de justicia.

El autor acaba afirmando que “más allá de toda duda razonable” es también un canon de legalidad, un canon con el que enjuiciar la formulación y aplicación de las leyes penales sí, como generalmente se acepta, ha de aplicarse también a resolver las dudas de derecho.

## PALABRAS CLAVE

PRESUNCIÓN, INOCENCIA, CULPABILIDAD, VALIDEZ, CERTEZA, DUDA, RAZONABILIDAD, JUSTIFICACIÓN, PRUEBA

## ABSTRACT

In this work, the author analyses the sense of the clause: “beyond all reasonable doubt”, sentence that expresses the “rule of judgement” that is required by “presumption of innocence”.

The reasonableness of a doubt can be shown with examples better than concepts.

“Beyond all reasonable doubt” is every proposition that we, the men, in ordinary life, call a true sentence; and, so, presumption of innocence is a guarantee, not only of justice, but also of truth, the truth of guilt.

The author tells that “beyond all reasonable doubt”, is also a test of legality if, as usually it is accepted, is also applicable to solve the doubts about law.

## KEY WORDS

PRESUMPTION, INNOCENCE, GUILTY, TRUTH, VALIDITY, CERTAINTY, DOUBT, REASONABILITY, JUSTIFICATION, EVIDENCE

# MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE\*

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Introducción. 2. Un relato acerca de la verdad: A) El principio del relato: la concepción absoluta del mundo. B) Final del relato: el espejo roto 3. Verdad y justificación: una disputa de familia A) Verdad y aseverabilidad justificada 2 El empleo cauteloso de "verdad" 4. Verdad y validez. A) Los usos de "verdad" B) Hechos y valores: a) El problema genérico. b) El problema de los hechos en el ámbito jurídico 5. Verdad y presunción de inocencia. A) Verdad y poder: los abusos de "verdad" B) ¿Motivar la inocencia? 6. Un segundo relato: verdad sin metafísica. A) La verdad y el sentido común B) Sentido común y estructura lógica del lenguaje. 7. La presunción de inocencia como criterio de verdad: A) La verdad secularizada B) Una fórmula enigmática. 7. Dos conclusiones.

A Klaus Tiedmann

## 1. INTRODUCCIÓN

Sostuve en otra ocasión que la presunción de inocencia es la clave de bóveda del sistema de garantías en materia penal y, también, que el contenido básico de dicha presunción es una regla de *juicio*, según la cual nadie puede ser condenado a un castigo a menos que su culpabilidad resulte probada, *más allá de toda duda razonable*, tras un *proceso justo*.

La idea rectora del proceso justo es, precisamente, esa regla de juicio. Pues para excluir toda duda razonable es necesario un proceso en el que el imputado sea tratado como sujeto, no como un simple objeto de la indagación estatal, materia inerte del ejercicio del poder público; y eso quiere decir: un proceso *contradictorio* en

el que la dignidad y derechos del imputado se respeten en todo momento. La prueba de la culpabilidad "*más allá de toda duda razonable*", como requisito de la imposición del castigo, es el escudo que protege a los ciudadanos frente a las imputaciones infundadas que se formulen contra ellos, el escudo que impide que se les castigue *antes* del juicio y garantiza que, tras él, sólo se les imponga la pena cuando exista la *certeza* de que han cometido el delito y de que son responsables de él.

Así, la presunción de inocencia se proyecta hacia adelante, hacia la legitimidad de la imposición del castigo. Pero, con una lógica inexorable, también hacia atrás, pues es claro que ninguna culpabilidad por el hecho concre-

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación "La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis" del Ministerio de Educación y Ciencia (Nº ref. SEJ 2005-0380).

to precisaría ser probada si se diera por supuesta, en vez de la inocencia, una culpa humana originaria o inherente a cierto tipo de personas; si el hecho por el que se impone la pena, con todas sus circunstancias y condiciones, no se hallara delimitado previamente por una regla formulada con claridad y precisión; o si, durante la tramitación del proceso, pudieran adoptarse contra el imputado medidas cautelares punitivas.

De ese modo, la exigencia de que la culpabilidad resulte probada *más allá de toda duda razonable* se expande no sólo sobre todo el proceso, e incluso, sobre el derecho penal material; sino más allá, como una concreción del respeto a la dignidad humana, que impregna —o habría de impregnar— toda la cultura.

Cuanto en ese sentido se ha dicho me parece bien fundado. Sin embargo no se han expuesto con ello sino las consecuencias de un determinado modo de entender el hombre y la sociedad de los hombres sobre cuya legitimidad —que me parece indiscutible— sería necesaria una reflexión ulterior; y, además, esas consecuencias se han expresado por medio de una fórmula llena de misterio, en torno a la cual surge inmediatamente un enjambre de preguntas, que reduciré a dos.

En primer lugar, cabe preguntarse cómo puede *probarse* la culpabilidad, pues la culpabilidad es un juicio de valor y la idea de *prueba* parece recortada para las cuestiones de hecho. En segundo lugar, surge el problema de determinar cuándo algo —sea la culpabilidad o cualquier otro tema— queda probado *“más allá de toda duda razonable”*.

Invirtiendo el orden lógico aparente, comenzaré analizando este último problema; dado que la aclaración de la fórmula *“más allá de toda duda razonable”* comporta la “disolución” de la primera cuestión, esto es, la de si cabe o no probar la culpabilidad.

Antes de hacerlo, quiero dejar sentado que la referencia a la razonabilidad de las dudas que han de ser excluidas es un parámetro difícil de precisar; pero, desde luego *objetivo*: no basta, por lo tanto, la *certeza subjetiva* del juez

o Tribunal —su “íntima convicción”— para cumplir las exigencias de la presunción de inocencia. Es necesaria una *certeza objetiva*, de la que, a menudo, se habla como *verdad*: la presunción de inocencia quedaría así satisfecha, cuando las premisas fácticas y jurídicas de las que deriva la declaración de culpabilidad fueren *verdaderas*.

Sin embargo, las relaciones entre la presunción de inocencia y la verdad son problemáticas, hasta el punto de que, como veremos, se ha afirmado que se trata de una presunción errónea que, en consecuencia, desde la perspectiva de la verdad, habría que rectificar. A favor de ese punto de vista juegan algunas apreciaciones criminológicas para las que, desde el objetivo del descubrimiento de la verdad, las garantías procesales no son sino un elemento de distorsión.

Parece, pues, que los fundamentos mismos de la presunción de inocencia se debilitan; pero también pudiera suceder que la apelación a la verdad comporte algunas confusiones que sea imprescindible aclarar. Algo así, desde luego, pensaba Wittgenstein, al incluir el término *“verdadero”* entre los adjetivos que nos hacen tropezar siempre con las mismas dificultades y nos descarrián hacia las mismas preguntas.

Indagaré pues, en primer lugar, qué es lo que queremos decir cuando hablamos de la verdad o afirmamos que un enunciado es verdadero.

## 2. UN RELATO ACERCA DE LA VERDAD

No voy a dar a esa indagación la forma de un *estudio* —que sería inacabable— y, menos aun, intentaré expresar en ella una “teoría” nueva o adherir a cualquiera de las ya formuladas. (Por muy habitual que sea, la idea misma de una “teoría” de la verdad me parece inadecuada y paradójica, pues, frente a cualquier hipotética “teoría” de la verdad cabe preguntarse si es, a su vez, verdadera o falsa, pregunta inconveniente y embarazosa, ora se conteste desde la propia



teoría cuestionada o se recurra, para responderla, a cualquier clase de criterio externo). De modo que me contentaré con llevar a cabo la investigación en la forma de un relato, del que no cabe esperar ninguna solución del problema, sino un mínimo “background” a partir del cual orientarse en el mismo resulte un poco más fácil.

## A) EL PRINCIPIO DEL RELATO: LA CONCEPCIÓN ABSOLUTA DEL MUNDO

Podría empezar mucho antes; pero el comienzo de mi relato se halla en los siglos XVI y XVII cuando la revolución religiosa y la ciencia moderna hacen tambalearse los cimientos de la cosmovisión imperante y en medio de una crisis generalizada, (re)aparece la duda que duda de todo, la *duda escéptica*, a la que naturalmente acompaña una demanda de fundamentación que restaure la seguridad perdida.

A esa demanda viene a responder Descartes, que inicia la búsqueda de esa nueva fundamentación utilizando, precisamente, la duda escéptica como método. A la respuesta cartesiana —sobre la que no procede llevar a cabo aquí un estudio— ha dedicado Bernard Williams un excelente libro (*Descartes. El proyecto de la investigación pura*), del que extraeré sin ulterior comprobación, las interpretaciones y valoraciones que aquí importan.

Para Williams, Descartes establece una correlación tan íntima entre la duda como método y la búsqueda de la verdad que da a entender que, una vez hallado algo que no podemos poner en duda, hemos encontrado la verdad. La verdad sería así, una especie de *certeza absoluta*. Pero, una certeza absoluta no puede proceder de nuestras ideas, por muy claras y distintas que nos parezcan, si no responde a que hemos captado absolutamente el mundo tal como es; esto es, que hemos logrado independizarnos de nuestras posibles limitaciones conceptuales y hemos llegado a ver el mundo con los ojos de Dios.

Pero eso sólo es posible a condición de que Dios exista y —dada su bondad— no quiera

engañarnos, hasta el punto de que el ateo, para quien no se dan tales condiciones, no tiene ningún derecho a afirmar que lo que ve clara y distintamente como cierto es, también *verdadero*.

Así las cosas, pensadores como Arnaud y Gassendi denunciaron la circularidad del pensamiento de Descartes.

“Gassendi escribió:

*...observo que, en este punto, parece tener su comienzo un argumento circular, de acuerdo con el cual se está seguro de que debe haber un Dios y de que no es engañoso sobre la base de que se posee una idea clara y distinta de él, y se está seguro de que las ideas claras y distintas deben ser valoradas sobre la base de que se sabe que hay un Dios que no puede ser engañoso.*

Incluso los teólogos que realizaron conjuntamente el Segundo grupo de comentarios ven la dificultad. La aplican a un estadio más temprano del argumento de Descartes de lo que lo hace Gassendi, pero el principio es el mismo, ya que si Dios es la única garantía para confiar en las percepciones claras y distintas, todo aquello que descansa en la verdad de tales percepciones estará viciado si la existencia de Dios no ha sido ya establecida.

*...se sigue que no se puede conocer clara y distintamente que se es una cosa pensante, ya que de acuerdo con usted ese conocimiento depende del conocimiento claro de la existencia de Dios, cuya prueba no se ha alcanzado en el punto en el que extrae la conclusión de que tiene un conocimiento claro de lo que usted es (VII 125, P.G., 103).. (pp. 239-240)*

¿Cómo salir de ese círculo?

Tras un recorrido temático que no es preciso reproducir aquí, B. Williams llega a la conclusión de que, a la altura de los tiempos que corren, si queremos mantener, en su forma mínima (reducida al campo de las ciencias naturales), la idea de una *concepción absoluta* hemos de reducir las pretensiones cartesianas “abandonando su garantía trascendental de conocimiento, su proyecto de investigación pura y solitaria y su imagen de la mente investigadora como poseyendo una racionalidad transparente”. Y también hemos de abandonar el requisito de que el residuo de la concepción absoluta representado por las ciencias naturales sea indudable, pues la misma historia de la ciencia obliga a aceptar el falibilismo: nada puede, pues, estar fuera de toda duda.

En una obra posterior (*Verdad y veracidad*) Williams apela a las verdades cotidianas para mostrar que las proposiciones en que se formulan —que generalmente son verdaderas— no están, en absoluto, fuera de toda duda y de toda comprobación.

De modo que el principio de este relato comienza con la afirmación de la verdad como absoluta —como correspondencia con la imagen absoluta del mundo que refleja—; pero, a la vez, con el reconocimiento de que las proposiciones que se tienen por verdaderas pueden resultar, en definitiva, falsas.

Hay, pues, de una parte, una disociación entre lo que es verdadero y lo que está fuera de duda distinta de la que Descartes proponía; y, de otra, una reducción del ámbito de la verdad, relegada al campo de la ciencia natural.

A partir de ese planteamiento, el fin del relato se precipita.

## B) FINAL DEL RELATO: EL ESPEJO ROTO

El problema que Williams deja sin resolver es el de cómo es posible que, bien que en un sector limitado —en el ámbito de la ciencia natural— dispongamos de una concepción absoluta del mundo, esto es, que, más allá de nuestros sistemas de descripción, alcancemos a ver el mundo *tal como es en sí* o, dicho en términos cartesianos, tal como Dios lo ve. Si la astronomía ptolomaica y después la copernicano-newtoniana, y más tarde la de Einstein y sus epígonos, ofrecen, siquiera sea parcialmente, una *concepción absoluta* del mundo ¿cuál es el contenido de esa concepción? Y, si no podemos identificarlo, ¿cómo afirmamos que existe? Y, aceptando hipotéticamente que existiera, ¿acaso podríamos decir cómo es? ¿De qué modo cabría compatibilizar esa capacidad con el falibilismo? ¿Tal vez habríamos de admitir que puede equivocarse quien ve, siquiera sea la más mínima parte del mundo, con los ojos de Dios?

Parece que la posición de Williams comporta una cierta incongruencia. No podemos confrontar nuestras proposiciones con una

realidad independiente de cualquier clase de sistema de descripción, de cualquier lenguaje; y, si eso es así, es preciso prescindir de la idea especular de la verdad, de la correspondencia con un mundo externo al lenguaje —que se hallaría representado por las proposiciones verdaderas— y, puesto que el espejo se ha roto, ver cómo es posible —si es que los es— concebir la verdad “sin espejos” como propuso Rorty.

Dicho de otro modo; no podemos comparar nuestras proposiciones supuestamente descriptivas con un mundo independiente del lenguaje en que se halla descrito. Pues, según Rorty “no hay manera, como decía Wittgenstein, de *introducirse entre el lenguaje y su objeto*, de distinguir la jirafa en sí misma de nuestras maneras de hablar de las jirafas” y, si ello es así, ya no puede afirmarse, “sin desorientar al público”, que “la meta de la investigación es *la verdad*”, pues, al añadir que, “por supuesto, no se está diciendo que la meta de la investigación sea la correspondencia con la naturaleza intrínseca de las cosas, el sentido común del vulgo se sentirá traicionado”; porque como se advirtió al principio, la “verdad” es un término que induce a confusión, pues se usa a menudo sobrepasando los límites del lenguaje.

En efecto, como subraya Rorty, “*verdad* sólo suena como el nombre de una meta si se piensa que nombra una meta *fija*, esto es, si el progreso hacia la verdad se explica por referencia a una imagen metafísica, la de la aproximación a lo que Bernard Williams llama *lo que está ahí en cualquier caso*”; esto es, un mundo independiente de nuestros modos de describirlo, un mundo “en sí”. Pero dado que, al menos desde Kant, parece claro que ese mundo no está a nuestro alcance, “decir que la verdad es nuestra meta es decir meramente algo así como: esperamos justificar nuestra creencia ante tantos y tan amplios auditorios como sea posible”.

La primera consecuencia de la rotura del espejo es, pues, para Rorty, que la verdad no es sino un modo de hablar acerca de la justificación de nuestras creencias y, por lo tanto, que la verdad en sentido fuerte es una idea muerta, cosa en la que parece coincidir plenamente con Habermas y con Putnam (que desde su

posición pragmatista, asume la muerte de la metafísica —y también la de la epistemología, decretada por Wittgenstein—).

### 3. VERDAD Y JUSTIFICACIÓN: UNA DISPUTA DE FAMILIA

Si cuando hablamos de que una creencia es verdadera todo lo que queremos decir es que está “racionalmente” justificada, el problema de la verdad se desplaza hacia la justificación: ya no es una cuestión de correspondencia con ninguna clase de realidad “absoluta”, sino una de garantía argumental. Pero, el tema de delimitar de algún modo cuándo puede afirmarse que una creencia está racionalmente garantizada no es pacífico y, de otro lado, la asimilación entre creencia justificada y verdad no deja de presentar problemas. Y de esos problemas proceden las discrepancias con Putnam, Habermas y el núcleo de pensadores que se mueven en su órbita. Las examinaremos a continuación.

#### A) ¿ES LA VERDAD ALGO MÁS QUE ASEVERABILIDAD JUSTIFICADA?

Veamos lo que, al respecto, afirma Rorty:

“Los pragmatistas piensan que, si algo no supone diferencia en la práctica, tampoco debe marcar ninguna diferencia en la filosofía. Esta convicción hace que se muestren suspicaces ante la distinción entre justificación y verdad, pues se trata de una diferencia que no supone diferencia alguna a la hora de decidir qué hacer. Si tengo dudas concretas y específicas respecto de la verdad de una de mis creencias, sólo puedo resolverlas preguntando si está adecuadamente justificada —buscando y sopesando razones suplementarias en pro y en contra—. No me puedo saltar la justificación para centrar la atención en la verdad: cuando la pregunta se refiere a qué debo creer en este momento, evaluar la verdad y evaluar la justificación constituyen una misma actividad”.

En una nota a pie de página, no obstante, matiza las afirmaciones anteriores en los siguientes términos:

“Por supuesto, la distinción entre justificación y verdad es útil cuando no se trata de decidir qué creer en este momento, sino de explicar qué ha pasado; a menudo explicamos nuestros fallos diciendo: ‘Estaba perfecta-

mente justificado al creer eso, pero por desgracia no era verdad’. Con todo aunque útil, la distinción no es esencial...”

Para Putnam y Habermas, la diferencia entre verdad y justificación (o *garantía*, como prefiere decir Putnam) es más profunda.

Habermas la expresa así:

“Rorty destaca, con razón, ‘que algo sirve como justificación sólo en relación a algo distinto que ya aceptamos’ y de ello concluye ‘que saliéndonos de nuestro lenguaje y de nuestras creencias no podemos llegar a obtener un test criterial independiente del criterio de la coherencia de nuestras afirmaciones.

Sin embargo, esto no significa que la coherencia de nuestras creencias sea suficiente para explicar el significado del concepto de verdad —que ha devenido central—. Ciertamente, dentro del pragmatismo lingüístico, la verdad de un enunciado ya no puede concebirse como la correspondencia con algo en el mundo, pues entonces tendríamos que poder ‘salirnos del lenguaje’ con el lenguaje. Evidentemente no podemos comparar la expresión lingüística con un trozo de realidad ‘desnuda’ o no interpretada, es decir, con un referente que se sustraiga a nuestra inspección siempre presa de lo lingüístico. Pero el concepto de correspondencia podría dar cuenta, a pesar de todo, de un aspecto significativo esencial del predicado de verdad; y este aspecto de validez incondicional desaparece cuando se concibe la verdad de un enunciado como coherencia con otros enunciados o como aseverabilidad justificada dentro de un sistema articulado de afirmaciones. *Mientras que las afirmaciones bien justificadas pueden acabar mostrándose falsas, entendemos la verdad como una propiedad que los enunciados nunca pueden perder*”.

Pero ¿cómo puede suplirse ese vacío que deja la vieja idea de “correspondencia”? O, dicho de otro modo, ¿cómo puede, sin recurrir al abandonado *realismo metafísico*, predicarse de un enunciado que es *verdadero* de modo que no pueda llegar a perder esa condición?

Habermas resume así la primera respuesta a esas dificultades:

“El arduo problema de la relación entre verdad y justificación hace que sea comprensible el intento de distinguir ‘verdad’ de ‘aceptabilidad racional’ mediante una *idealización de las condiciones de justificación*. En virtud de ello un enunciado justificado sobre la base de ‘nuestros’ criterios se diferencia de un enunciado verdadero de la misma forma que un enunciado justificado en el contexto correspondiente se distingue de aquel que podría justificarse en todos los contextos. Llamaremos ‘verdadero’ a un enunciado que podría

justificarse bajo condiciones epistemológicas ideales (Putnam), o que en una situación ideal de habla (Habermas) —o en una comunidad ideal de comunicación (Apel)— encontraría un acuerdo alcanzado por medios argumentativos. Verdadero es aquello que puede ser racionalmente aceptado bajo condiciones ideales”.

El propio Habermas, a renglón seguido, acepta que, contra esa idealización se han aducido objeciones convincentes: pues, en efecto, al apelar a las ‘condiciones ideales’, o se habla de una hipotética mejora de las prácticas existentes —como hace Rorty— y entonces no cabe excluir la posibilidad de error—, o se absolutiza ese ideal, con lo cual vuelve a adoptarse el incongruente punto de vista del ‘ojo de Dios”.

Habermas intenta escapar del dilema del siguiente modo:

“Cuando los participantes, en el curso de un proceso de argumentación, llegan a la convicción de que, conociendo todas las informaciones oportunas y después de ponderar todas las razones relevantes, han agotado el potencial de posibles objeciones contra ‘p’, ya no quedan motivos para una prosecución de la argumentación. En cualquier caso ya no hay motivo racional para *continuar manteniendo* una actitud hipotética frente a la pretensión de verdad sostenida respecto a ‘p’ (pero temporalmente dejada en suspenso, como mera hipótesis). Desde la perspectiva de actores que a fin de volver a restablecer un acuerdo de fondo parcialmente alterado habían adoptado temporalmente una actitud reflexiva, la desproblematización de la pretensión de verdad discutida significa la licencia para una vuelta a la actitud de actores que están envueltos en un trato ingenuo con el mundo. *Tan pronto como se han disipado las diferencias de opinión entre ‘nosotros’ y los ‘otros’ en relación a lo que es el caso, ‘nuestro’ mundo puede fusionarse con ‘el mundo’.*”

Pero en la medida en que *nuestro* mundo se fusiona con *el* mundo estamos postulando un “realismo interno”, como el que postulara Putnam en un tiempo o un “realismo del sentido común”, como el que ha defendido después.

Quede con esas referencias planteado el debate.

## B) EL EMPLEO CAUTELOSO DE “VERDAD”

Rorty se pregunta cuál puede ser la “comunidad ideal” en la que se produzca, la “accepta-

bilidad racional en condiciones ideales”, salvo una versión de nosotros mismos. Y no es sino a una versión mejor de nosotros mismos, a lo que apela Habermas cuando afirma que “un enunciado es verdadero si, bajo las *exigentes condiciones de un discurso racional*, puede resistir todos los intentos de refutación”.

Davidson, a cuyas ideas se acoge a menudo Rorty, parece oponer la verdad a la aceptabilidad garantizada bajo cualquier formulación de esta última porque, dado que la verdad ha de ser *objetiva*, —esto es, independiente de nuestras actitudes— una afirmación plenamente garantizada puede resultar, en definitiva, falsa. A su juicio, sin un concepto de verdad objetiva, ni siquiera podríamos hacer afirmaciones, ni dar órdenes, ni tener deseos: ni el lenguaje ni el pensamiento serían posibles.

No sé de qué clase de objetividad puede hablar Davidson si rechaza, como efectivamente hace, el realismo metafísico, excepto que se trate de una objetividad *interna* a nuestros usos del lenguaje, que nadie —ni siquiera Rorty o Dummet— discuten; y, si ello es así, no se entiende bien qué es lo que se está discutiendo, salvo que bajo la palabra *verdad* se esconda, disfrazado, el viejo realismo metafísico que se dice rechazar. Creo que asiste la razón a Rorty cuando pone la verdad bajo sospecha; y que, por lo tanto, es obligado usar el término “*verdadero*” con *cautela*. Una cautela que afecta, no sólo respecto a las movedizas arenas metafísicas hacia las que deriva, casi inexorablemente, el significado de dicho término sino también hacia las tentaciones totalitarias que genera *la verdad* en quienes creen poseer, con ella, un absoluto.

## 4. VERDAD Y VALIDEZ

La posición de Davidson (que podría ser entendida de otro modo) tomada al pie de la letra resulta paradójica, pues dice algo así como que no podemos prescindir de un *concepto* (como tal caracteriza a la verdad) del que, sin embargo, carecemos al no poder definirlo.

Pero no importa ahora incidir sobre esa posible incongruencia, sino destacar la amplitud del uso que hace de los términos “verdad” y “verdadero”. Quizás analizando ese uso y otros posibles del término verdad podemos profundizar en su sentido y, con él, en su relevancia para el Derecho en general y para el Derecho penal en particular.

## A) LOS USOS DE “VERDAD”

Davidson sostiene que la verdad se predica, en primer término, de las oraciones afirmativas o negativas; pero también de los imperativos o las interrogaciones, aunque sólo en la medida en que recaban un conocimiento de cuáles son las respuestas verdaderas y cuáles las falsas; pero también de las diversas actitudes proposicionales que expresan; la creencia, el deseo, etc.

Hospers, analizando los usos de “verdad” en el arte, habla de los diversos sentidos que adquiere en los distintos contextos en que se habla de la verdad artística. Analiza, en primer término, una *verdad proposicional*, que puede ser equivalente a sinceridad, a verosimilitud o aceptabilidad; o puede ser entendida como valor para la humanidad, coherencia, consistencia y/o profundidad; pero después dedica abundantes reflexiones a la *verdad artística*, recordando que, si el arte no tiene nada que ver con la verdad proposicional, “hay otros casos que en el lenguaje común reciben el nombre de verdad y que quizás no estén tan desconectados del ámbito artístico”

Dado que los usos de “verdad” permitirían hablar de una culpa verdadera y otra falsa — como v.gr. es el caso de la culpabilidad irreal o endógena—, parece claro que puede hablarse de la *prueba* de la culpabilidad, en la medida en que, en efecto, puede probarse la ocurrencia de una transgresión imputable, con lo que queda resuelto el primer problema de los planteados en la Introducción.

Hay, pues, muchos *usos* de “verdad”: una multiplicidad inacabable que no pretendo caracterizar aquí; aunque, creo, basta lo dicho

para poder poner de manifiesto que “verdad” no tiene, como postula Davidson, un significado invariable en todos y cada uno de sus diferentes usos (cosa que no sería gramaticalmente posible, pues si el significado es el uso no puede mantenerse igual en usos diferentes). Dicho esto, destacaré dos de los principales usos de “verdad” y “verdadero”.

El primero es el de los enunciados acerca de los hechos. En ese ámbito, para orientarse por pretensiones de verdad, es preciso, según Habermas, apelar a una idea de “ajuste” que trasciende la justificación.

“Con oraciones verdaderas queremos expresar que un determinado estado de cosas está ‘dado’ o ‘existe’. Y tales hechos remiten a su vez al ‘mundo’ como la totalidad de objetos sobre los que podemos enunciar hechos. El modo ontológico de hablar crea un nexo entre la verdad y la referencia, es decir, entre la verdad de los enunciados y la ‘objetividad’ de aquello sobre lo que, o de lo que, se enuncia algo. El concepto de ‘mundo objetivo’ engloba todo lo que los sujetos capaces de lenguaje y de acción ‘no hacen ellos mismos’ (sin tener en cuenta sus manipulaciones o inventos), de modo que pueden referirse a objetos que pueden ser identificados como los mismos objetos incluso bajo descripciones distintas. La *indisponibilidad* y la *identidad* del mundo son las dos determinaciones de la ‘objetividad’ que se explican mediante la experiencia del *coping*, del tener que arreglárselas con el mundo: en la acción las creencias se ‘acreditan’ sobre la base de algo muy distinto a como lo hacen en el discurso”.

Cosa distinta sucede, según Habermas, en ámbitos diversos del de los hechos.

“Un acuerdo sobre normas o acciones que haya sido alcanzado discursivamente bajo condiciones ideales posee algo más que una mera fuerza autorizante: garantiza la corrección de los juicios morales. La aseverabilidad idealmente justificada es lo que entendemos por validez moral; no significa sólo que se han agotado los pros y los contras en relación a una pretensión de validez controvertida, sino que ella misma agota el sentido de la corrección normativa en tanto que capacidad para merecer reconocimiento. La aseverabilidad idealmente justificada de una norma no señala —como en el caso de una pretensión de verdad que trasciende la justificación— más allá de los límites del discurso, hacia algo que pudiera ‘existir’ independientemente de su corroborada capacidad para ser digna de reconocimiento”

Se apunta, así, no sólo a significados distintos para los diferentes usos de verdad en cada

uno de esos ámbitos; sino, más aun, a la sustitución en el segundo, del término *verdad* por el de *validez*.

## B) HECHOS Y VALORES

La viabilidad de esa propuesta habermasiana depende de que sea posible, en general, separar con un mínimo de nitidez los ámbitos de uso de “verdad” del modo que él propone; pero, puesto que esta reflexión se proyecta sobre la presunción de inocencia, se requerirá, además, que pueda llevarse a cabo esa separación en el terreno mismo que tal presunción rige y al que se halla referida.

Para resolver esa cuestión, es preciso abordarla en general y en el ámbito del Derecho en particular.

### a) El problema genérico

Así como no creo que haya una concepción absoluta del mundo (repito, del mundo tal y como es *en sí*) tampoco creo que existan *hechos brutos*, independientes del lenguaje en el que se hallen descritos. O, dicho de otro modo; “los propios enunciados fácticos y los procedimientos de investigación empírica con los que contamos para decidir si algo es o no es un hecho presuponen valores” (Putnam); o, como quizás pueda afirmarse, aun con mayor rotundidad: “la observación pura es una quimera: la observación está siempre cargada de teoría”. Hasta nuestros sentidos —decía Popper— son *teorías* y los enunciados básicos se establecen por *convención o acuerdo*.

Sin embargo, pese al reconocimiento de que la distinción absoluta entre hechos y normas o valores se ha *desplomado*, cabe seguir hablando de enunciados observacionales; esto es, de enunciados de hecho, frente a otros que no lo son:

Oigamos al respecto a Quine:

“Las ‘sentencias observacionales’ del filósofo sugieren más bien las sentencias de dato sensible de las ciencias. Desde este punto de vista nuestra versión no está fuera de lugar, pues las sentencias observacionales, tal como acabamos de caracterizarlas, son precisamente

sentencias ocasionales sobre las cuales es bastante seguro que concorderán todos los observadores bien situados. Son, pues, precisamente las sentencias a las cuales tenderá a apelar un científico en discusión con colegas dubitativos. Además, nuestra versión sostiene también la doctrina filosófica de la infalibilidad de las sentencias observacionales”.

Esta admisión de las sentencias observacionales, si se toma con cautela, se halla, pues, indisolublemente ligada, no sólo al uso común del lenguaje y al sentido común, sino también a la práctica científica. Como también lo está, dentro, claro es, de ciertos límites, la idea de que las afirmaciones observacionales pueden ser *infalibles*. Si, señalando un objeto que tengo delante, digo: “esto es un árbol”, no puedo equivocarme, salvo que no sepa usar el lenguaje. Extrapolar esa infalibilidad a enunciados observacionales mucho más complejos es una exageración de Quine. Otra cosa es que puedan llegar a ser universalmente aceptados. Esa es una condición que las afirmaciones que llamamos ordinariamente “de hecho” pueden adquirir con mayor facilidad que las demás.

Esto sentado, la distinción hecho/valor sólo resulta manejable fácilmente en casos muy claros, que Quine denomina “de observacionalidad alta” (“monte”, “rojo”, “gato”, etc); pero, fuera de esos casos se difumina hasta llegar a esfumarse del todo en los que Putnam llama “conceptos éticos densos”, como “cruel”, “generoso” etc. De modo que la contraposición de Habermas, si bien puede resultar útil en muchas ocasiones para esclarecer las diferencias entre diversos usos de “verdad”, acaba siendo inexacta si se entiende como expresión de una distinción genérica y tajante entre *verdad* y mera *validez*.

### b) El problema de los hechos en el ámbito jurídico

Si, como acaba de verse, partir de una distinción general y nítida entre hechos y valores resulta problemático, más complicado aun parece en el ámbito jurídico, pues aquí no partimos de descripciones o narraciones extraídas de la vida ordinaria, de la historia o del laboratorio científico, sino que los *hechos*

constituyen presupuestos de aplicación de las normas y, como tales, están definidos por ellas atendiendo a la finalidad, que les es propia, de regir las conductas de los hombres y ordenar su vida social.

Por eso, los *hechos* jurídicamente relevantes no pueden expresarse totalmente por medio de enunciados “de observacionalidad alta”; sino que emplean términos “densos” como *dolo* o *temeridad* u otros directamente valorativos como “injusto”, “buenas costumbres”, etc.

En consecuencia, se ha afirmado que, a falta de hechos definibles mediante enunciados observacionales, ya no podemos hablar de verdad del Derecho. “La escisión, esencialmente moderna, entre el Derecho y la verdad ya no puede ser reconstruída”, dice Anna Pintore. Sin embargo, se pregunta esta autora a continuación, por qué el objetivo de encontrar la verdad en el Derecho sigue presentándose como digno de perseguirse; y responde que porque la verdad se tiene por el más alto de los valores, el valor que plantea más exigencias de *objetividad* —mayores, incluso que los de la justicia—; pese a lo cual, como enseguida advierte, precisamente a causa de esa pretensión de objetividad absoluta, se convierte fácilmente en un instrumento del poder: pues sólo el *poder puede*, precisamente por serlo, hacer pasar por indiscutibles e impersonales sus afirmaciones, por interesadas y dudosas que sean.

Por eso, para no dejarlo al arbitrio del poder, acaba propugnando un derecho *sin verdad*, un derecho fundado no en la verdad “objetiva” sino en el *consenso* obtenido según las reglas del juego democrático. Esa proclama está muy cerca de las ideas que, en más de una ocasión, ha sostenido Rorty y no carece en absoluto de fundamento. Pero, aunque el uso de “*verdad*” pueda ser ciertamente peligroso, creo que resulta irreal —hoy por hoy desde luego, pero quizás también mañana— postular el abandono de la idea de verdad, tan ligada a nuestros hábitos del pensamiento y acción.

Me parece, pues, inevitable recomendar cautela y, a la vez, intentar aclarar lo que, en cada contexto, queremos decir cuando habla-

mos de *verdad*, por si acaso, usándolo adecuadamente, es posible *rehabilitar* el término.

## 5. VERDAD Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

### A) VERDAD Y PODER: LOS ABUSOS DE “VERDAD”

Creo que Foucault ha puesto en claro tanto alguno de los peligros de jugar el juego de la verdad como la necesidad de jugarlo, la necesidad de decir la verdad, indagar la verdad e interesarse por la verdad.

Los peligros a que Foucault se refiere nacen de las oscuras relaciones entre verdad y poder, de los abusos que el poder (no sólo el poder político, sino también los poderes *fácticos* —a saber: la prensa, las iglesias y el dinero—) gestionan en nombre de la verdad.

La presunción de inocencia —en la medida en que opera, no sólo en el seno del proceso penal, sino también antes de él (STC 109/1986, de 24 de septiembre)— es la *cautela* que, en el Estado Constitucional, protege a los individuos frente a los castigos que el poder político impone a los ciudadanos abusando de la verdad.

Esa cautela, tal y como se aplica, resulta, desde luego, *insuficiente*; pero, quizá son aun más graves los abusos de la verdad en las relaciones de poder en las que la garantía no opera.

No me detendré demasiado a analizarlos; porque el objeto de este trabajo es otro. Aquí sólo se trata de descifrar el significado de “más allá de toda duda razonable” (el canon de la presunción de inocencia como regla de juicio) y esclarecer su relación con el uso correcto de “*verdad*” en el derecho y en el proceso penal. Porque, desde luego, se ha abusado de ella, de la *verdad* en ambos. Para comprenderlo así basta, por lo que al Derecho Penal material se refiere, aludir a la libertad de interpretación, no ya por parte de la doctrina —que es y ha de ser muy libre de opinar lo que le venga en

gana— sino por parte de los que aplican la ley, de los Jueces y Tribunales, con el único límite, que nunca acaba de hacerse efectivo, del “tenor literal posible”. ¿Cómo pueden todas las interpretaciones posibles de una norma ser, a la vez, correctas y expresar lo que la norma *verdaderamente* dice?

Es claro que aquí *verdad* equivale a legitimidad o corrección. Pero, dicho esto, ¿cómo puede ser legítima una interpretación que —cual, v.g., la que algunas sentencias del Tribunal Supremo llevan a cabo en torno a la prescripción— contradice expresamente la formulada por el TC en sentencia 63/2005, de 14 de marzo (*Tol 609870*) burlando así la jerarquía de los Tribunales que la propia Constitución establece? ¿Cómo puede, además, sostenerse que la ley que dispone que la prescripción se interrumpe “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable” puede entenderse que permite una interpretación, según la cual el procedimiento penal se dirige contra el culpable ya antes de empezar?

Y ese no es, desde luego, un supuesto excepcional; sino sólo un ejemplo de algo que ocurre mucho más a menudo de lo que debería. Tal modo de proceder se fundamenta en la independencia y en la competencia que la Constitución concede a los jueces. La interpretación *verdadera* es, así, la que realiza cada juez que tiene la potestad de hacerla, porque él *puede* establecer el auténtico sentido de las leyes. De esa manera, la *verdad* queda librada al *poder* de los jueces, algo que, al dar la espalda a la legitimidad y a la razón, parece, desde luego, un *abuso*.

Ese abuso, como se ha dicho, se pone de manifiesto día a día; pero alcanzó un grado superlativo en la STS 197/2006, de 28 de febrero (*Tol 817538*) —caso Parot— en la que el TS cambia su doctrina sobre la acumulación de condenas y va, no sólo más allá del texto de la ley, sino que llega a donde la ley no hubiera podido hacerlo sin vulnerar la Constitución.

Por lo que respecta al ámbito del proceso, un sector no desdeñable de la opinión jurídica contrapone presunción de inocencia y verdad.

“Nada más burdamente paradójico e irracional” que la presunción de inocencia, dice Manzini; pues, “si se presume la inocencia del imputado, ¿por qué entonces, proceder contra él?”. Puesto que (la imputación) tiene por supuesto la existencia de unos suficientes indicios... Debería constituir, por lo menos, una presunción de culpabilidad” ¿O sucede acaso que “la experiencia histórica colectiva enseña que la mayor parte de los imputados son inocentes?”

En ese uso de “verdad” se da por sobreentendido que la presunción de inocencia se basa, como muchas otras presunciones, en lo que generalmente ocurre. Esto es, en el caso en que generalmente los imputados sean, en verdad, inocentes. Con ello se tergiversan y confunden tanto los usos de “presunción” como los de “verdad”.

Pues, en *primer término*, no sólo se presume lo que generalmente ocurre, sino también lo que, en principio, se acepta o tiene por válido en tanto no se compruebe otra cosa. Este es el sentido pertinente, el sentido en el que se presume la inocencia del imputado, hasta que se pruebe su culpabilidad. Lo que la presunción de inocencia implica respecto al imputado no es, por lo tanto, ningún juicio acerca de si finalmente ha de resultar inocente o no; sino una regla de tratamiento que prescribe que ha de ser tenido por inocente hasta que sea condenado en un juicio justo con pruebas que acrediten, más allá de toda duda razonable, su culpabilidad. Por eso la presunción de inocencia es, ante todo, una regla de juicio que determina cuándo alguien puede, de modo conforme a la *verdad*, ser considerado culpable; y, de esa regla de juicio, deriva inexorablemente la regla de tratamiento que proscribe tratar al imputado como si se le hubiera condenado ya.

Así pues, ha de destacarse, en *segundo lugar*, que la cuestión de la *verdad* se plantea sólo respecto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Si esa regla constituye o no un modo adecuado de entender la verdad habrá de verse ulteriormente. Pero, carece de sentido plantear la cuestión de la verdad respecto de la presunción de inocencia como regla de trata-



miento del imputado, pues en tal condición, no puede, en los términos que aduce Manzini, ser ni verdadera ni falsa.

Lo que habría de preguntarse respecto a ella es si puede ser tratado como culpable quien todavía no se ha demostrado que lo sea: sólo al responder a esa pregunta se pondría de manifiesto hasta qué punto esa regla de tratamiento es una regla válida y, en tanto lo sea, se halla *conforme con la verdad*, esto es, conforme con que la culpa no se ha probado aún.

Por lo tanto, en objeciones como la de Manzini, se usa subrepticamente la verdad para mostrar la presunción de inocencia como un absurdo, y ese es un *uso maligno* de “verdad” que, por otra parte, cala fácilmente en el público del Derecho penal — un público cada vez más extenso, menos ilustrado y con más peso político— que vive y siente sobre la base de una presunción de culpabilidad: “piensa mal y acertarás”. Y esa vivencia cala también —quírase o no— en la mentalidad de los Tribunales; pero esa afirmación requiere un análisis separado que, desde luego, no puede abordarse aquí sino parcialmente.

## B) ¿MOTIVAR LA INOCENCIA?

Comenté en un trabajo anterior, sobre presunción de inocencia y jurado, la STS de 12 de marzo de 2001 (*Tól 27489*), cuya motivación parte de la siguiente declaración del jurado actuante:

“los Jurados han atendido para hacer las precedentes declaraciones, a la totalidad de la prueba practicada en el acto del juicio oral. No ha quedado probado de la autopsia ni de los informes periciales practicados, la existencia de dos armas, ni que las huellas encontradas correspondiesen al acusado. No habiendo aprovechado la ocasión de huir el acusado cuando se le ofreció”. (F.J.3º)

Pese a que, de ese modo, el Jurado expresó con claridad meridiana tanto que no estimaba probada la imputación como por qué le ofrecía dudas, el TS anuló el veredicto por inmotivado, razonando del siguiente modo:

“Ni descansar la motivación en la totalidad de la prueba practicada puede ser en realidad motivación alguna, ni

el hecho de no haber huido de determinado lugar puede ser prueba de la comisión o falta de comisión del delito o delitos acusados. Respecto de la existencia o no de dos armas o huellas encontradas, aunque es un principio de motivación, claramente es insuficiente porque *no consigue aportarnos los elementos de convicción necesarios para dar una explicación sobre la existencia o inexistencia de la gran cantidad de puñaladas sufridas por las víctimas hasta originarles la muerte, así como los elementos fácticos relativos a la posición e intervención del acusado, que se encontraba en el lugar del crimen, dando una explicación motivada a las cuestiones que se sometían a su consideración*, de variada índole, como hemos dejado transcrito en el auto de hechos justificables. La víctima o sus más directos familiares tienen derecho a una explicación motivada sobre la razón por la cual el tribunal, sea éste profesional o lego, considera que los hechos sometidos a su consideración y que comprenden una pretensión punitiva no se tienen por probados. La necesidad de la motivación deriva de la genérica interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenida en el Título Preliminar de la Constitución española, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, que únicamente se satisface con una resolución razonada, y de la específica prevención del art. 120.3 CE que al emplear el adverbio “siempre” no admite excepciones. La necesidad de motivación tiene como correlato que cualquier explicitación no sirve, sino aquella que se estructura sobre las pruebas practicadas en el juicio oral y analizando su contenido se decanta por la convicción sobre la ocurrencia o no de aquellos elementos fácticos sometidos a su consideración. El veredicto es, pues, inmotivado, lo que acarrea su nulidad”. (F.J.3º).

Según la argumentación de esta Sentencia hay, pues, que justificar tanto lo que se tiene por probado como lo que no o, dicho de otro modo, tanto la culpabilidad como la inocencia.

Expresé entonces mi opinión de que la presunción constitucional de inocencia exoneraba a los jueces de toda justificación al respecto; que, en tanto de la inocencia se tratase, bastaba con formular una duda razonable sobre la realidad de la imputación para que procediese absolver sin más; y que esa duda era la “motivación suficiente”, exigida por el art.120.3 CE en los casos de absolución, pues en el proceso penal las exigencias de justificar la condena, como no puede ser de otro modo, mucho más rigurosas que las de justificar la absolución: es un proceso asimétrico en el que, se-

gún el brocardo norteamericano, en principio “el acusado tiene derechos constitucionales, el pueblo no”.

Sin embargo, poco después, el TC en sentencia 169/2004 de 16 de octubre (*Tol 500702*), otorgaba el amparo a la parte acusadora en un caso que, aunque distinto del examinado anteriormente, guarda con él importantes analogías.

La mayoría del TC toma como punto de partida premisas más correctas que las anteriormente analizadas. Veámoslas:

“Ciertamente la motivación de las Sentencias es exigible ex art. 120.3 CE ‘siempre’, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las Sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales —y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal— la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el canon exigible (SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 157/1997, de 13 de julio, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2; 147/1997, de 4 de agosto, FJ 3; 109/2000, de 5 de mayo, FJ 2). Por el contrario las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el art. 120.3 CE, es requerida ‘siempre’. No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del por qué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad”. (F.J.6°)

Dicho esto, aplica la doctrina al caso, dando por constitucionalmente válido el criterio del Tribunal Superior, que expone así:

“En efecto, el Tribunal Superior de Justicia, tras reproducir la motivación expuesta en el acta por los Jurados, razona en su Sentencia que la exigencia de motivación que les impone el art. 61.1 d) LOTJ no puede ser la misma que la que deriva del art. 120.3 CE para los órganos judiciales, pues lo que el citado precepto legal demanda de los Jurados es una ‘sucinta explicación’,

‘debiendo entenderse por tal aquella en la que los Jurados, utilizando las expresiones propias de su nivel cultural y su lenguaje común, manifiestan de manera concisa cuáles han sido los elementos probatorios que les han llevado a estimar como probados o no los hechos que constan en el objeto del veredicto’. En este sentido entiende que en aquellos casos en los que el hecho sometido al enjuiciamiento de los Jurados consista en un suceso sencillo en su génesis y desarrollo, en los que la prueba practicada y por ellos valorada sea la que se denomina directa y en los que las proposiciones sometidas a su consideración como objeto del veredicto sean sencillas de analizar por su número y contenido, ‘la explicación sucinta que exige la ley respecto de la acreditación de un determinado hecho puede consistir en una referencia global al resultado de aquellas pruebas, de modo que no se requerirán más especificaciones que la indicación del medio o medios de prueba en que aquéllos basaron sus decisiones sobre la realidad del suceso’. Por el contrario considera que, cuando se trata, como sucede en este caso, de un hecho complejo en su origen y en su ejecución, cuando en su comisión, además, han podido participar una pluralidad de personas con un posible reparto de papeles entre ellas y sus declaraciones no son coincidentes entre sí ni con las que cada una de dichas personas prestó a lo largo del proceso y cuando las pruebas de cargo ofrecidas no son directas, sino circunstanciales y muy variadas, no puede estimarse como motivación suficiente ‘una simple mención referencial a algunos medios de investigación o de prueba, sino que resulta absolutamente necesario explicar, siquiera de modo elemental y sucinto, por qué se aceptan unas declaraciones y se rechazan otras, por qué se atribuye mayor credibilidad a unos que a otros, por qué se prefiere una declaración prestada en la comisaría de policía a otra prestada en el acto del juicio, o qué parte o partes de las distintas y contradictorias declaraciones de los acusados deben prevalecer y por qué sobre el resto’, pues considera la Sala que en dichos casos sólo mediante la explicación de tales extremos es posible ‘conocer qué elementos probatorios se han tomado en consideración y cuál ha sido el proceso lógico para establecer la preferencia por uno de ellos sobre otro u otros y poder, de este modo, conocer y valorar la razonabilidad de la conclusión alcanzada por los Jurados’” (F.J.8°)

La aceptación de ese pintoresco canon constitucional de motivación implica que los jurados no pueden limitarse, como la presunción de inocencia requiere, a expresar dudas razonables sobre la imputación —salvo, tal vez, en los casos “sencillos”—; pero, en los complejos han de *justificar la absolución*.

No sorprenderá que tal decisión mayoritaria vaya acompañada de varios votos particu-

lares, que insisten en que las exigencias de la presunción de inocencia se han olvidado en el *iter* argumental que conduce al fallo. Personalmente añadiría que, cuando esas exigencias se olvidan, toda la lógica garantista del proceso penal se tira por la borda, algo que no debería haber ocurrido ni volver a ocurrir.

Pero, nadie puede descartar que “olvidos” de esa magnitud se repitan. En el fondo de esos olvidos late el atractivo, difícilmente resistible, de los que he llamado usos malignos de “verdad”; un atractivo al que, al menos intelectualmente, cabe sustraerse mirando la verdad de otro modo, aunque, para poder hacerlo quizás sea conveniente partir de nuevo relato.

## 6. UN SEGUNDO RELATO: VERDAD SIN METAFÍSICA

El camino del discurso cartesiano —con el que comenzó el relato inicial acerca de la verdad— parte de que sólo cuando algo no se puede poner en duda es absolutamente verdad. La verdad es, pues, en primer término, lo indudable, que, sólo por la bondad de Dios, se *ajusta objetivamente al mundo*.

Bernard Williams ha separado las dos exigencias del pensamiento cartesiano, que se hallan íntimamente unidas en Descartes, —proponiendo renunciar a la primera — a la exigencia de *certeza*— y mantener, en cambio, la segunda —la *concepción absoluta* del mundo—, bien que, como se dijo, limitada al ámbito de las ciencias naturales. La imposibilidad de una tal concepción nos condujo a prescindir del realismo metafísico —o absoluto— conservando sólo un realismo *interno* a nuestros modos de descripción, sean científicos o procedan del mundo de la vida; dejando, en consecuencia, el predicado “verdadera” para la descripción mejor justificada.

Para evaluar el alcance de esa nueva situación es conveniente atender a un segundo relato, en el que los mismos problemas se plantean desde otras perspectivas.

## A) LA VERDAD Y EL SENTIDO COMÚN

La “situación cartesiana”, la situación en que se asume la tarea de rebatir el escepticismo en su propio terreno, fue reproducida, desde luego en otros términos, por G.E. Moore. En un momento en que se hallaban puestas en cuestión las estructuras básicas de la imagen del mundo en que vivimos y actuamos, en que parecían problemáticas las afirmaciones acerca de la existencia de un mundo externo, de otras mentes y hasta las relativas a la propia, escribió una enérgica “*Defensa del sentido común*”, que comienza enunciando una serie de trivialidades cuya *verdad* cree conocer con toda *certeza*: “Hay un cuerpo humano, que es el mío, que nació en una época pasada, que ha crecido desde entonces, que ha mantenido relaciones con otras cosas muy distintas en forma y tamaño, que ha vivido en la tierra con otros hombres y con seres que no son hombres etc, etc”. Respecto a todas esas proposiciones cabe afirmar que “si sabemos que son aspectos de la visión del mundo del sentido común, se sigue de ello que son verdaderas: es *autocontradictorio* mantener que nosotros *sabemos* que son aspectos del punto de vista del sentido común y que sin embargo, no son verdaderos, puesto que decir que nosotros conocemos esto es decir que son verdaderos”.

La conclusión de Moore —el carácter autocontradictorio de la negación de proposiciones como las que menciona— se basa en la previa afirmación de que todos los filósofos han admitido con él que “*la Visión del mundo del Sentido Común es completamente verdadera en ciertos aspectos fundamentales*”, por lo que no pueden, después, negar ninguno de ellos.

Pero, la verdad absoluta de la visión del mundo del sentido común, siquiera sea sólo en sus aspectos esenciales, no parece una premisa de la que pueda partirse a la hora de refutar el escéptico, ni a otros filósofos no totalmente escépticos, como se pone de manifiesto en la discusión con Russell contenida en “*Cuatro formas de escepticismo*”.

Pero, quizás reformulando la defensa que Moore hace del sentido común en términos de una defensa del lenguaje común, como hizo Malcolm, pudiera dotarse de algún contenido, si no autocontradictorio sí, cuando menos, *paradójico*, a las negaciones del uso común del lenguaje que Moore combate. Veamos un ejemplo, entre los muchos que propone Malcolm;

“En el conjunto de circunstancias normales en que una persona diría corrientemente que ve al cartero, Russell podría estar de acuerdo acerca de las circunstancias determinadas de la situación. En realidad no estaría en desacuerdo sobre cuestión empírica alguna, pero todavía diría que lo que ve en realidad no es al cartero, sino parte de su propio cerebro. Parece, por tanto, que el desacuerdo no versa sobre los hechos empíricos, sino sobre el *lenguaje* que ha de ser usado para describirlos. *Russell estaba diciendo que en realidad, decir que uno ve una parte del propio cerebro, es un modo de hablar más correcto que decir que se ve al cartero*”.

La gente, desde luego, no se entendería mejor con el uso lingüístico que se atribuye a Russell; suena como una especie de chiste, más bien que como una descripción correcta del estado de cosas. Es absurdo; pero, aún no parece que pueda hablarse de contradicción.

Sin embargo, yendo un poco más allá, sí puede defenderse que quien niega algunas proposiciones que describen aspectos esenciales de lo que Moore llama “visión del mundo del sentido común” se coloca en posición “lógicamente incorrecta”.

En Carta fechada en Octubre de 1944, Wittgenstein expresa a Moore la impresión que le causó asistir a la lectura de un artículo suyo.

“Me parece que el punto más importante fue lo ‘absurdo’ de la aserción ‘hay fuego en esta habitación y creo que lo ‘haya’. Llamar a esto, como creo que hace usted, ‘un absurdo por razones *psicológicas*’ me parece erróneo o *sumamente* engañoso. (Si yo pregunto a alguien: ‘¿Hay fuego en la habitación contigua?’, y me responde: ‘Creo que sí’, yo no puedo decir: ‘No se salga del tema. Yo le pregunto por el fuego, no por el estado de su mente’) Pero lo que quiero decir es esto: señalar ese ‘absurdo’, que de hecho es algo *similar* a una contradicción, aunque no lo es, es tan importante que *espero que usted publique su artículo*. Dicho sea de paso, no se escandalice porque diga que es algo

‘similar’ a una contradicción. Esto significa, aproximadamente, que desempeña un papel similar en lógica”.

La contradicción (o el defecto lógico equivalente), radica en la asimetría entre la primera y la tercera persona de los verbos psicológicos, como es “creer”. Esa asimetría hace que, cuando se dice que un tercero cree algo, parece que se habla de un “estado de su mente”; pero, cuando yo digo que “creo que hay fuego”, digo lo mismo que si afirmo “hay fuego”. Por eso, afirmar de un modo lo que niego de otro es una *contradicción*, por más que la gramática superficial la encubra; y también es lógicamente incorrecto, tras afirmar que hay fuego, decir “creo que hay fuego”, pues así se produce un uso gramaticalmente inadecuado de “creo”.

“La lógica”, dice en consecuencia Wittgenstein, “no es tan sencilla como creen los lógicos”. A partir de la paradoja de Moore, y de la ampliación del ámbito de la lógica que sugiere, Wittgenstein va a perfilar el uso correcto de algunos términos y enunciados que aquí interesan especialmente. Pero, ello requiere una cala previa en la estructura lógica del lenguaje.

## B) SENTIDO COMÚN Y ESTRUCTURA LÓGICA DEL LENGUAJE

Como he destacado en otras ocasiones, Wittgenstein se refiere al lenguaje como totalidad con diversas “metáforas”, como sistema, edificio, andamiaje, red o caja de herramientas que comportan la afirmación de un orden global fluido. Para hablar de ese orden, utiliza también una suerte de alegoría, la del cauce del río, por el que fluye la corriente del agua sobre el lecho rocoso y entre las orillas arenosas.

Alude con ello a la existencia de una serie de enunciados absolutamente invariables o de casi imposible variación —los que forman el lecho rocoso—; otros estables, pero no exentos de lentas variaciones, —simbolizados por las orillas arenosas—; y, finalmente, otros sometidos a variación constante— la corriente del agua.

Cabría colocar en el lecho rocoso los enunciados que forman el entramado de nuestra

imagen del mundo, esto es, el trasfondo que nos viene dado y sobre el que distinguimos lo verdadero de lo falso. Las proposiciones que describen esa imagen del mundo forman una suerte de *mitología* y cumplen una función semejante a las reglas del juego. De modo que no las aceptamos porque sean correctas, ni porque estemos convencidos de su corrección, sino porque nuestro juego de lenguaje las presupone; aunque, desde luego, hemos de confiar en que sean correctas: porque el lenguaje sólo es posible si *se confía* en algo (SC.509).

En las orillas arenosas y en la corriente del río cabe situar todas las demás proposiciones; y, por regla general, a unas u otra pertenecerán las proposiciones empíricas. Pero la estructura es fluida, de modo que las proposiciones pueden pasar de un lugar a otro de ella, cambiando de *estatuto* lógico:

“97. La mitología puede convertirse de nuevo en algo fluido, el lecho del río de los pensamientos puede desplazarse. Pero distingo entre la agitación del agua en el lecho del río y el desplazamiento de éste último, por mucho que no haya una distinción precisa entre una cosa y la otra”. (SC)

Como también puede suceder lo contrario:

“96. Podríamos imaginar que algunas proposiciones, que tienen la forma de proposiciones empíricas, se solidifican y funcionan como un canal para las proposiciones empíricas que no están solidificadas y fluyen; y también que esta relación cambia con el tiempo, de modo que las proposiciones que fluyen se solidifican y las sólidas se fluidifican”. (SC).

Por ello, hay muchas proposiciones que, en determinadas circunstancias, dejan de ser empíricas, para pasar a ser lógicas. O, dicho de otro modo, en determinadas circunstancias, algunas proposiciones que parecen hablar de hechos sólo hablan del lenguaje (SC 456-114)

Si comparamos una afirmación sobre la distancia al sol de un planeta con otra referente a mis manos, no es cierto que lo único que suceda sea que el error se convierte en más improbable; sino que, llegado un punto, ya no es ni siquiera concebible (SC 52-54); pues si pudiera equivocarme respecto a los hechos

más obvios no podría utilizar el lenguaje: si al afirmar que tengo dos manos pudiera equivocarme, sería porque no sé qué son las manos, o sea, porque no sé hablar.

De modo que, cuando el escéptico pone en duda la existencia de objetos físicos y Moore le contesta que él *sabe* que tiene dos manos, la pregunta y la respuesta no se encuentran. Pues la duda del escéptico no es una duda *empírica* sino *filosófica*: lo que pide es un argumento que le *demuestre* que sus sentidos no se equivocan y que, por lo tanto, existen objetos físicos más allá de la física, esto es, *metafísicamente*, en el mundo tal y como es en sí; y lo que Moore le ofrece es una evidencia empírica, la de que tanto el escéptico como él pueden *ver* que tienen dos manos, cosa que ninguno de los dos ha puesto en duda.

Pero, además, ni la duda del escéptico es una auténtica duda, ni el saber de Moore es, en realidad, saber; pues uno y otro —el escéptico y Moore— se colocan más allá del lenguaje; el escéptico, al dudar de todo lo que decimos y Moore al afirmar que *sabe* que la visión del mundo del sentido común es absolutamente verdadera en lo esencial.

De lo dicho cabe concluir que la *verdad* de algunas proposiciones empíricas, en determinadas situaciones pertenecen a nuestro sistema de referencia; y, cuando eso sucede, no tiene sentido ni dudar de ellas, ni afirmar que lo que enuncian se *sabe* (esto es, se conoce su ajuste con alguna realidad exterior al lenguaje) pues no hay ninguna descripción del mundo —ni la del sentido común, ni la de la ciencia, ni ninguna otra— que pueda aspirar a ser *correcta en sentido absoluto*.

## 7. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO CRITERIO DE VERDAD

### A) LA VERDAD SECULARIZADA

¿Qué sucede, entonces, con la verdad? Al decir que es verdadero lo que está justificado,

se olvida que la cadena de justificaciones tiene un final porque, de lo contrario, no llegaría a justificar nada. De modo que la justificación (SC 253) descansa en lo que *no* está justificado porque actuamos —sin ulteriores preguntas— sobre esa base; o, dicho de otro modo, en lo que aceptamos al actuar, al igual que la duda descansa en lo que está fuera de duda, en las certezas que hacen posible dudar.

Tan absurdo es dudar de todo, pues eso no es lo que llamamos “dudar”, como pretender justificarlo todo, pues hay enunciados que son tanto o más seguros que cualesquiera otros con los que se pretendiera justificarlos (v.gr. que las cosas no desaparecen cuando les damos la espalda). Enunciados de ese tipo sirven de fundamento al resto de nuestro juego del lenguaje. De modo que, si la verdad residiera en lo que se halla fundamentado, los fundamentos mismos no podrían ser ni verdaderos ni falsos (SC 205). Sin embargo tales enunciados son, en efecto, verdaderos, aunque sólo en la medida en que constituyen un fundamento sólido de nuestros juegos de lenguaje (SC 403) o, dicho de otro modo, en la medida en que podemos confiar en ellos más allá de toda duda razonable.

Para distinguir las dudas razonables de las que no lo son, para determinar qué certeza es objetiva y cuál es meramente subjetiva y, en definitiva, qué se puede tener o no por verdadero, Wittgenstein no ofrece ninguna regla —pues cualquier regla estaría sometida, a su vez, a la vacilación y a la duda—; sino que enumera una serie de ejemplos, que van matizando las delicadas transiciones que pretende mostrar y remite una y otra vez a la idea del Tribunal —pero no al Tribunal de Dios ni al Tribunal de la razón (al que tan a menudo y con tan magra respuesta apelan los filósofos); sino a los Jueces y Tribunales reales, que sentencian los litigios en la ciudad secular. Con ello, desde el problema “filosófico” de la verdad, nos conduce al problema *real* de lo que es y no es *verdadero*, esto es, de cómo usamos en la vida ordinaria esa expresión y cómo deberíamos usarla.

Pues bien: ante el Tribunal real, ante el Tribunal de la ciudad, “verdad” y “verdadero”

pierden toda pretensión absoluta. Así, v.g., como he mostrado en otro lugar, no podría articularse una defensa negando que el imputado hubiera podido obrar de otro modo dado que todo lo que sucede está determinado, es decir, esgrimido como verdadera una concepción absoluta del mundo en términos deterministas; y de nada le serviría al escéptico dudar de la existencia de un cadáver que se le exhibe y se aduce contra él como prueba, alegando que la existencia de objetos externos a su conciencia no se halla *probada*, etc., etc.

De modo que, ante un Tribunal, el saber y la verdad adquieren un sentido secular, prosaico, cauteloso. Uno y otra pierden su énfasis metafísico (SC 482), se reconducen a sus usos más comunes en los que cuando decimos de algo “eso es verdad” queremos decir “de eso puedes estar seguro”, sin acompañar la afirmación de ninguna pretensión de infalibilidad.

El saber y la verdad equivalen, así, a seguridad, a certeza, y se predicen sólo de aquellos enunciados de los que no se puede, normalmente dudar, porque están “*más allá de toda duda razonable*”.

Desde luego, un Tribunal podría decir: eso es la verdad; aunque solamente *hasta donde un ser humano puede saberla*. Pero, apostilla Wittgenstein, ¿de qué serviría esa reserva? (SC 607). Sólo querría decir que eso es lo que *nosotros* los hombres, que aunque pretendemos otra cosa, sólo hablamos en nuestro nombre; podemos llamar *verdad*. Hablamos, pues, de verdad, aunque no podemos afirmar *sin restricciones* que lo que tenemos por verdadero que se ajusta a los hechos: en el mejor de los casos, que todo hable a favor de una hipótesis y nada en contra muestra el significado que, en nuestro lenguaje, tiene “estar de acuerdo con los hechos” (SC 203).

Cuanto se ha afirmado presupone la aceptación del canon de la presunción de inocencia como *criterio de “verdad”*. Pero, es conveniente repetirlo, la *verdad* de la que aquí se trata es *la verdad de la culpa*, no la de la inocencia. Demostrar la inocencia no es el objetivo de los procedimientos criminales que, por lo tanto,

no pretenden ofrecer un relato de los hechos tal y como ocurrieron; sino sólo asegurarse de que el que ha de sufrir la pena es *verdaderamente* culpable.

## B) UNA FORMULA ENIGMÁTICA

Ahora bien, determinar qué es lo que esta más allá de toda duda razonable no es tarea fácil. La he acometido en un par de trabajos anteriores; pero, lo que en ellos propugne no me resulta enteramente satisfactorio. Trataré de mostrar de otro modo una idea semejante. Según lo dicho, la verdad se identifica con lo *objetivamente cierto* (SC 194-272) y algo es objetivamente cierto cuando no es posible el error (SC 194); pero, no se trata aquí sólo de una *imposibilidad lógica*, pues hay ocasiones en que, aunque esté en un error, *tengo derecho a decir: no puedo equivocarme* (SC 663), ya que con eso sólo excluyo cierto tipo de error; esto es, excluyo los errores ordinarios, no las anomalías completas que se presentan excepcionalmente (SC 667).

De modo que podemos predicar la verdad no sólo de aquellos enunciados respecto a los que la duda es lógicamente imposible, sino también de todos aquellos respecto de los que no es razonable —aunque subsista la posibilidad anómala de error—, pese a que entre unos y otros no haya una frontera bien delimitada (SC 454).

Wittgenstein ofrece abundantes ejemplos que ilustran lo que con la exclusión de toda duda razonable se quiere decir. Junto a todos los casos en que la duda es imposible —se trata de aquellos que yacen en el fondo de nuestra imagen del mundo o de aquellos otros en que la duda comporta una contradicción—, puede afirmarse que no es *razonable* dudar de las evidencias científicas, ni de la corrección de un cálculo repetidamente comprobado ..., ni de los enunciados que expresan experiencias inmediatas, ni de las afirmaciones que se inferen de cualquiera de tales premisas de forma cerrada, unívoca, inatacable (SC 297)

Aunque la relación de ejemplos no ofrezca una —imposible— definición de la certeza requerida por la fórmula, sí basta para mostrar de qué tipo de certeza incontestable, a la que ninguna objeción pueda oponerse, hablamos.

La distancia entre el rigor de ese canon y la laxitud de la práctica, en la que, a menudo, se opta por la versión de los hechos que parece más probable, o por la que intuitivamente se cree verdadera, en lugar de atenerse a lo que puede afirmarse sin lugar a dudas como cierto, muestra lo lejos que están nuestros Tribunales —y, más aun, la opinión pública— de respetar la presunción de inocencia.

## 8. DOS CONCLUSIONES

Cuanto se ha dicho invita, quizás, más a reflexionar sobre la corrección de nuestras “teorías” y practicas que a sacar conclusiones concretas; sin embargo, me gustaría referirme especialmente a dos consecuencias posibles, tanto porque comportan una llamada a esa reflexión general cuanto por su importancia intrínseca.

La primera es que la contraposición entre presunción de inocencia y verdad es una *falacia*. Cuando se propone —y, desgraciadamente abierta o solapadamente, eso sucede bastante más a menudo de lo que debiera —“rebajar” las exigencias de la presunción de inocencia (esto, es, prescindir de ella, pues no cabe hablar de una presunción de inocencia “rebajada”, ni en el lenguaje constitucional ni en el ordinario), se propone, sencillamente, *renunciar a la verdad*, imponer la pena cuando no podemos estar seguros que se haya cometido el delito y asumir, por tanto, que se castigue a inocentes.

Con ello se reforzaría, sin duda, el *poder* del Estado; pero se debilitaría, en consecuencia, la *dignidad* de los ciudadanos (no sólo de los condenados o perseguidos, sino de todos). ¿Es eso lo que queremos? ¿Queremos un poder sin verdad y un Estado sin justicia —con menos justicia aun de la que tenemos ahora—? Quienes hacen tales propuestas, en aras del incre-

mento de la “seguridad”, tienen que responder esas preguntas (y responder *ante* esas preguntas).

La segunda conclusión parte de la identificación de verdad con certeza objetiva, con seguridad incontestable. La verdad así identificada alcanza, no sólo a los hechos, sino también al derecho: ha de poder predicarse, por tanto, de la formulación de la ley y de su aplicación. El *principio de legalidad*, que rige una y otra, no es sino la exigencia de *certeza* del derecho. ¿Cómo podría adquirirse, ni por el imputado ni por el juez, esa certeza, si las normas no se formulan con suficiente precisión y se aplican según la interpretación de ellas que decida hacer el juez, —cada juez— limitada sólo por un entendimiento abstracto y descontextualizado del canon del tenor literal posible, es decir, sin límite alguno? Pues si hemos visto que el significado de las palabras solamente puede establecerse en un determinado contexto de uso, resulta patente que, fuera de todo contexto, no significan nada o, lo que es lo mismo, pueden significar cualquier cosa, como se ha mostrado anteriormente.

Esa es la certeza que tenemos: una *ceremonia de la confusión* en la que quiebra toda clase de sumisión a la ley y en la que, por desgracia, parte de la doctrina parece sentirse cómoda.

También aquí, en el ámbito de la legalidad, la “verdad” del derecho, o sea, la *certeza objetiva* de que se está siguiendo la regla pautada en la ley, exigiría subsumir en ella sólo aquellos supuestos a los que, *más allá de toda duda razonable*, haya de aplicarse: el mismo canon que rige la certeza acerca de los hechos ha de aplicarse a la del derecho, pues tan contrario a la verdad y a la justicia es castigar el delito sin la seguridad de que se haya cometido, como hacerlo cuando no se tiene la de que lo que se hizo es, justamente, lo que la ley definía como delito.

Poner fin a esa situación ha de ser obra de los Tribunales ordinarios, pues tanto el TC como el TEDH, por motivos diversos, no pueden sustituirles en esa labor. De todos modos, son tan notorios los pronunciamientos en que el TC marca una distancia crítica respecto a la

interpretación de la ley realizada por los Tribunales ordinarios (basta consultar v.gr. las SSTC 123, 124, 125, 126 y 127 de 2001, todas de 4 de junio, en las que el TC muestra sus dudas sobre la aplicación de los delitos de falsedad y asociación ilícita al caso Filesa), como la escasa o nula atención con que esas reservas son recibidas por el TS, que no cabe concebir muchas esperanzas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha formulado con un cierto rigor, en este punto, las exigencias de *certeza* propias de la ley penal, al requerir *claridad* en las normas leídas desde sus *prácticas aplicativas*, encomendar a la jurisprudencia la labor de *disipar las dudas* y exigir que la aplicación que se efectúe en el caso sea *previsible* (vid. v.gr. Pesinno c. Francia, STEDH de 10 de Octubre de 2006, *Tol 996612*).

Sin embargo, de ahí a requerir que la decisión del caso sea, *más allá de toda duda razonable*, una aplicación correcta de la norma media, todavía, un largo camino que recorrer; y ese camino ha de recorrerlo, por sí, la jurisdicción ordinaria a la que las garantías constitucionales no pueden ser ajenas. Si se adoptara el criterio propuesto, habría que anular toda interpretación y toda aplicación desfavorable de la ley que fuese razonablemente discutible; y así parece que *debería ser* si han de tomarse en serio las exigencias de certeza y seguridad jurídica; pero, desde luego, *no es*; y no es pese a que el TC ha considerado *obvia* la proyección de la presunción de inocencia como *criterio condicionador* de la formulación e interpretación de las normas vigentes (STC 109/1986, 24 de septiembre FJ 1 —Tol 79655—).

Para llegar a alcanzar algún día el rigor que ese criterio exige, hay que empezar abandonando la vana ilusión de que puede obtenerse haciendo de la hermenéutica una especie de ciencia exacta —algo que hubiera hecho reír a Gadamer— y comenzar a reformar nuestros hábitos legislativos, judiciales y académicos enderezándolos a la consecución de tal objetivo.

Si no lo hacemos así —y dudo que lo hagamos—, no será porque ese objetivo no pueda



alcanzarse— porque presunción de inocencia y principio de legalidad no puedan realizarse más plenamente—, sino porque no *queremos*, realmente, alcanzarlo; y eso, que parece un defecto moral, obedece, quizás, a un defecto de inteligencia.

Pues uno y otro, presunción de inocencia y principio de legalidad, son momentos básicos de cualquier Constitución digna de ese nombre; y, si es cierto el *dictum* kantiano, hasta una raza de demonios querría vivir bajo una buena Constitución si sus individuos fueran inteligentes.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

### Ad. I

- El trabajo al que me refiero es *El “ius puniendi” y sus límites constitucionales*, (Tol 817272), Valencia, 2006
- Sobre el carácter objetivo de la certeza necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, vid. Fletcher, G.P. *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 32 y ss.
- La cita de Wittgenstein procede de *Aforismos, Cultura y valor*, Espasa Calpe, Madrid, 1996, p. 52.
- Dada la índole de este trabajo, prescindo tanto de la habitual bibliografía jurídica cuanto de un análisis jurisprudencial detallado. Una y otro pueden hallarse en la excelente tesis doctoral de Ovejero, A., *Constitución y Derecho a la presunción de inocencia*, 2007, Valencia, 2007.

### Ad. II

- Para una idea aproximada de la diversidad de “teorías” acerca de la verdad, vid. J.A. Nicolás y M.J. Frapoli (eds.) *Teorías de la verdad en el S. XX*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- 1. Las obras de Bernard Williams a las que se hace referencia en el texto son: *Descartes; El proyecto de investigación pura*, Cátedra, Madrid, 1996 al que pertenecen las páginas que se citan y *Verdad y Veracidad*, Tusquets, Madrid, 2006.
- 2. -Sobre la repercusión de los cambios de paradigma científicos en la concepción del mundo, la bibliografía es inagotable. Vid por todas T.S. Kuhn, *La revolución copernicana*, Madrid, Tecnos, 1996.
- Todo lo que se puede decir del mundo es que, con una determinada red conceptual, puede captarse *mejor* que con otra (Wittgenstein, L., *Tractatus Logico-Philosophicus* Alianza, Madrid, 1973, núms. 6341-6342); y sólo desde nuestra forma de vida podemos decidir lo que es *mejor*.
- Sobre la inviabilidad de la idea especular de la verdad vid Rorty, R. *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, Madrid, 2001. Para una amplia discusión de las ideas de Rorty vid. *Reading Rorty*, Blackwell, Oxford and Cambridge, 1966 especialmente la parte II.
- La primera cita de Rorty procede de la intervención en *Debate sobre la situación de la filosofía*, Niznic y Landers (eds) Madrid, Cátedra, pag. 62.
- Las demás, del primer artículo (pp. 31 a 62) de su libro *Verdad y Progreso* (Paidós, Barcelona, 2000) en el que trata de rebatir las tesis de Crispin Wright (*Truth and Objectivity*), Harvard University Press, Cambridge –USA-1994).
- Sobre la expresa posición de Habermas respecto a la pertenencia al pasado del concepto *fuerte* de “verdad”, vid *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus Madrid, 1989 p. 253, n.74.
- Sobre Putnam, H. vid *Sentido, sinsentido y los sentidos*, (The Dewey Lectures), especialmente las conferencias I y III, en ed. Cátedra, Barcelona, 2000. En este contexto no interesan los matices que diferencian las distintas concepciones de su realismo. Lo que importa, es que, por muchas caras que adopte el realismo de Putnam, se trata siempre de un realismo “con rostro humano”, un realismo que prescinde del “ojo de Dios”.
- Sobre su polémica con Rorty, vid. *Richard Rorty et le relativisme en Line Rorty* (ed. L’ecolat, 1992, pags 127 y ss), así como la respuesta de éste, en *op. cit.* pags 223 y ss.

### Ad III.

- 1.- Las dos citas de Rorty proceden de su artículo antes mencionado, pag. 31.
- Las citas de Habermas proceden de su libro *Verdad y justificación*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, pags 237-238, pag 246, pag. 251.
- 2. La cita de Habermas, J. procede de *Verdad*, cit, pag. 249. Este autor reconoce expresamente que la distancia entre sus ideas y las de Rorty es escasa. (vid. *Debate*, cit., pag. 78).
- Las ideas de Davidson que se exponen son las que, en polémica con Rorty, expresó en *Truth Rehabilitated* (1997), trabajo incluido en *Truth Language and History*, (Larendr Press, Oxford, 2005). La crítica se dirige, principalmente, a la propuesta de reemplazar la *objetividad* por la solidaridad, que Rorty efectúa en *Objetividad, realismo y verdad* (Paidós,

Barcelona, 1996). En ese debate no procede entrar aquí; pero sí es preciso señalar que Rorty se refiere a la objetividad del realismo; y cabe pensar que habla de realismo metafísico.

#### Ad. IV

– 1.- Cabría entender que Davidson (op. cit. pp. 14 a 17) no habla tanto del *concepto* de verdad, considerado en sí mismo, cuanto de la necesidad de un *mundo objetivo*, al que pueden referirse de algún modo nuestros enunciados. Así entendido, su argumento correría en paralelo al del lenguaje privado, de Wittgenstein, a cuya idea de *seguir una regla* alude en el contexto de su argumentación. Pienso que es algo de ese tenor lo que realmente quiere decir Davidson; pero no puedo detenerme a argumentarlo y, mucho menos, a analizar esa idea.

– La obra de Hospers a la que se alude en el texto es *Significado y verdad en el Arte*, ed. Fernando Torres, Valencia, 1980.

– Sobre los usos de la “verdad”, vid. También los dos artículos de Gadamer, en *Verdad y Método*, II, Ed. Sígueme, Salamanca, 1992, pp. 43 a 62.

– Las citas de Habermas proceden de *Verdad*, cit. Pags 281y285.

Ad. 2) a) - La cita de Putnam procede de *Razón, verdad e historia*, Tecnos, Madrid, 1988, pag. 132. La de Popper, de *Dos problemas fundamentales de la epistemología*, Tecnos, Madrid, 1998, pag. 186.

– La de Quine, de *Palabra y objeto*, Herder, Barcelona, 2001, pag. 69.

– Sobre los hechos “éticamente densos” vid. Putnam, H. *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 49 y ss.

b) - En el marco de este trabajo no puedo emprender un análisis de los que cabría llamar “conceptos jurídicos densos”; valgan al respecto como muestra de las complejidades que pueden suscitar, Henk, H.E. *La cuestión de hecho*, Buenos Aires, 1979; o mi artículo *Reexamen del dolo*, de inmediata aparición en el *Libro Homenaje a Ma del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia.

– La cita de A. Pintore procede de su libro *Derecho sin verdad*, Dykinson, Madrid, 2005, pag. 223. Lo que Rorty dice al respecto es que, si cuidamos la libertad, tendremos, como un regalo, la verdad. (vid *Cuidar la libertad*, Trotta, Madrid, 2005 pag 165). Ese no me parece un modo de pensar desdeñable.

#### Ad V

1) – Sobre las relaciones entre poder y verdad vid. Foucault M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1998 especialmente la Conferencia Tercera; y, del mismo, *Saber y Verdad*, ediciones la Piqueta, Madrid, 1991, pp. 229 y ss.

– Sobre la falta de respeto generalizada a la presunción de inocencia en los medios de comunicación y el consiguiente abuso de la verdad que consiste en dar por buena cualquier clase de imputación, antes de que el proceso haya, ni siquiera empezado o, incluso, cuando ha finalizado sin condena vid. el artículo del Defensor del Lector (J.M. Larraya) *La presunción de inocencia* publicado el 24 de junio de 2007 en el Diario *El País*.

– Sobre lo dicho en el texto acerca de la prescripción, es conveniente consultar el Acuerdo de Sala general de 12 de mayo de 2005 (*Tol 662378*) que dice, literalmente, lo que sigue:

“La sala penal del Tribunal Supremo ha examinado la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución española que establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales”.

Lo que olvida ese acuerdo es, en primer término, que la prescripción es una garantía más de la que dispone el acusado y que, determinar cuándo se infringe una garantía y cuándo no corresponde, por mandato expreso de la Constitución, en última instancia al TC. De no ser así, de gozar el TS de la competencia para determinar cuándo están en juego las garantías constitucionales y cuándo no, sería superior en todos los órdenes, incluso en el de las garantías constitucionales, pese a la previsión contraria de la CE.

El Acuerdo transcrito se completó ulteriormente con otro de 28 de marzo de 2006 (*Tol 939714*) que va aun más allá que el anterior. Dice así:

“ÚNICO ASUNTO: Prescripción: interrupción del plazo. ¿Qué debe entenderse por procedimiento que se dirija contra el culpable?

ACUERDO: ‘El art. 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los arts. 117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE’. Cuestión. Dentro del mismo asunto: ¿Qué debe entenderse por procedimiento que se dirija contra el culpable?

ACUERDO: ‘Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005’.

Sorprende ya que un acuerdo gubernativo pretenda condicionar la jurisdicción; cosa que, afortunadamente, no ha conseguido, pues varios magistrados no lo aplican y se atienen a la doctrina sentada en la STC 63/2005; pero, más aun,

sorprende su contenido: la Sala segunda del Tribunal Supremo, para salvar su poder, que no el Derecho, crea una especie de reserva de jurisdicción ordinaria que infringe paladinamente un mandato expreso de la LOPJ, sin más razonamiento de que ese mandato no puede impedir que ejerza unas supuestas facultades que le confiere la Constitución.

Sobre el ‘Caso Parot’ vid. mi artículo *Una sentencia discutible El País*, 11 marzo 2006 y (*Tol 817709*), que se transcribe a continuación:

‘Tras la noche del veinte de febrero del dos mil seis, en la que los medios de comunicación dieron noticia de la STS 197/2006 una parte muy importante de espectro social y político se hallaba ampliamente satisfecha. Gracias a lo que fue calificado como una ‘interpretación novedosa’ llevada a cabo por el Tribunal Supremo los condenados por múltiples actos terroristas no iban a ser puestos en libertad en la fecha correspondiente según los criterios establecidos para la aplicación del Código Penal de 1973 (conforme al cual fueron condenados) para tales supuestos; sino mucho más tarde, es decir, no en este año, sino dentro de otros diez.

Por tal motivo, quienes celebraron la decisión del Tribunal Supremo, la vivieron como una victoria del Estado de Derecho contra el terrorismo de ETA. ¡Había, desde luego, mucho que celebrar, si así hubiera sido!

Pero, tres votos particulares, que disienten de la decisión de la mayoría, ponen una sombra de duda sobre tantos para bienes.

Ciertamente, son sólo tres magistrados, entre quince, quienes discrepan; pero, esgrimen razones muy poderosas.

Comienzan los magistrados disidentes afirmando que, en casos de concurso real de infracciones, de la aplicación del límite de la regla II del Art. 70 surge un cúmulo autónomo, al que denominan ‘pena de cumplimiento’, que es según ellos, la unidad punitiva resultante sobre la que hay que aplicar el beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo que, una vez establecida la referida pena de cumplimiento, ya no puede calcularse sobre cada una de las impuestas en sentencia, como dice la mayoría.

Ese era el entendimiento generalizado del precepto durante la vigencia del Código de 1973. El Código Penal de 1995, al establecer la posibilidad de qué, sólo en determinados supuestos, los beneficios penitenciarios pudieran calcularse sobre cada una de las penas impuestas en la sentencia o sentencias, consagró legislativamente dicha interpretación, pues la excepción carecería de sentido si fuera, a su vez, regla general. Y algo semejante sucede con la reforma efectuada por L.O. 7/2003 de 30 de junio. De modo que aquí ya no hay sólo una interpretación judicial uniforme del Código de 1973; sino que dos leyes posteriores fijan, conforme a esa interpretación unánime y uniforme, el sentido de la ley anterior.

Potentes razones, tanto puramente textuales como de coherencia y rigor avalaban la interpretación, primero judicial y después legal, del Código Penal de 1973 en ese punto. Pues de una parte según el texto del precepto aplicable, determinado el cúmulo punitivo, las demás penas impuestas en sentencia habían de dejarse extinguir, sin que ningún otro precepto de aquel Código permitiese volver a tomarlas en consideración. Por otra parte, desde la perspectiva material, el cómputo realizado sobre cada una de las penas impuestas en sentencia, podía conducir, en muchos casos, a la enervación del beneficio.

El voto particular refuerza esa argumentación, aduciendo datos y resoluciones de la propia sala que no es preciso mencionar aquí. Pues, procediendo de modo más elemental, cabe preguntarse si los jueces pueden interpretar las normas en sentido contrario al que la ley preceptúa; y, más aún, si pueden adoptar una norma interpretativa que la ley no hubiera podido hacer suya sin incurrir en inconstitucionalidad. En efecto, si el Código Penal de 1995 o la reforma de 2003 hubieran contenido un precepto que dijese que en los casos de acumulación de condenas, fuesen anteriores o posteriores a su entrada en vigor, los beneficios penitenciarios se computarían y aplicarían sobre cada una de las penas impuestas en sentencia, tal precepto hubiera infringido la prohibición de retroactividad en perjuicio del reo y hubiera sido, por tanto, contrario a la Constitución.

Como según la Constitución Española de 1978 los jueces están sometidos al imperio de la ley, parece difícil entender que puedan regular materias de modo que a la ley le estarían constitucionalmente vedadas. Y, si ello es así, parece ineludible afirmar que la solución de la sentencia que se comenta pudiera estar incurso en una inconstitucionalidad flagrante.

No sé, por tanto, si hay algo que celebrar. Ignoro si el terrorismo de ETA ha salido perdiendo o ganando. En cualquier caso, la tan celebrada ‘interpretación novedosa’ no parece una victoria del Estado de Derecho; sino más bien una grave claudicación de este: una renuncia singular a la prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables y, también, una renuncia singular de la sumisión de los jueces a la ley.

Para quienes creemos que el Estado de Derecho no admite fisuras y que es capaz de triunfar frente a sus enemigos sin renunciar a ninguno de sus principios básicos no hay, pues, motivo alguno de alegría; sino más bien de desencanto, de duda y de tristeza”.

– Las citas de Manzini V. proceden de su *Derecho procesal penal*, I, EJE, Buenos Aires, 1951, pp. 252-257.

#### Ad VI

1) – Sobre lo dicho en el texto vid. Moore G.E., *Defensa del sentido común y otros ensayos*, Taurus, Madrid, 1972, especialmente pp.57 y ss. y 267 y ss.

- La cita de Malcom procede de su artículo *Moore y el lenguaje común* en V.C. Chapell (dir.) *El lenguaje común*, Tecnos, Madrid, 1971, p.21.
- La carta de Wittgenstein que se transcribe puede consultarse en *Cartas a Russell, Keynes y Moore*, Taurus, Madrid, 1979, p.167.
- Sobre las dificultades de la idea de *verdad* vid. Dummet, M., *La verdad y otros enigmas*, F.C.E., México, D.F., 1990 especialmente pp. 65 y ss.; y también Tugendhat, E., *Ser, Verdad, Acción*, Gedisa, Barcelona, 1997 especialmente pp. 127 y ss.
- 2) – Acerca de cuanto se dice en este epígrafe, vid. Wittgenstein L., *Sobre la certeza*, Gedisa, Barcelona, 2000, obra a la que pertenecen los números que se incluyen en el texto y a la que se hace referencia por la abreviatura SC.; vid. también Rush Rhees, *Wittgenstein's On Certainty*, Victoria, Australia, 2005.

#### Ad VII

- 1) – Sobre las diferencias entre los Tribunales de la ciudad y el Tribunal de la razón vid. mi artículo *Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito*, en la Revista Teoría y Derecho, nº 1, p. 98 y ss. Valencia, 2007.
- Sobre la imposibilidad de articular ante los Tribunales la duda escéptica, vid. mi artículo *El principio de culpabilidad*, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, Madrid, 2003, pp.211 y ss.
- Dejo de lado el problema de la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas ora sean directas, ora se trate de los ‘frutos del árbol emponzoñado’. (Vid, al respecto, Muñoz Conde F., *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 2007). En muchas ocasiones, la exclusión puede fundarse, como subrayé en mi artículo ‘*Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado*’ (*Tol 178872*) 2002 en que carecen de fiabilidad. Pero, en otras, se trata sólo de que, si esas pruebas se aceptaran, se quebrantaría la aptitud genérica del procedimiento mediante el que establecemos la verdad de la culpa en juicio para sentarla efectivamente. Dicho de otro modo: aunque una prueba ilícita pueda, no obstante, ser fiable en determinadas ocasiones, aceptarla sin restricción alguna comportaría admitir que la realidad de la culpa puede llegar a establecerse mediante un proceso desequilibrado, es decir, mediante un proceso en que el imputado se hallase en inferioridad de condiciones frente al poder del Estado; cosa inaceptable, no ya sólo desde la perspectiva de la justicia, sino también desde la de la verdad.
- Por esa razón ha de concluirse que el rechazo genérico de las pruebas ilícitamente obtenidas se funda, en todo caso, en la salvaguarda de la verdad.
- 2) Los artículos a los que me refero en el texto son *La presunción de inocencia en la ley del jurado* (*Tol 465431*), 2004. *El proceso penal de la presunción de inocencia* en “*Jornadas de Direito Processual Penal e Directos Fundamentais*” Coimbra, 2004”.





# TEMAS DE HOY

Doctrina legal y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia  
*Augusto González Alonso*





# DOCTRINA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Augusto González Alonso

Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

Sumario: 1. Concepto y naturaleza jurídica. 2. Ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial. 3. Derecho comparado. A) Derecho comunitario. 4. Funcionamiento anormal de la administración de justicia. A) Dilaciones indebidas. B) Caso del síndrome tóxico. 5. Error judicial. A) Un supuesto particular: daños cometidos por penados en libertad condicional o en permiso penitenciario. B) Procedimiento administrativo en el supuesto específico del error judicial. 6. Prisión preventiva. 7. Balance de gestión del ministerio de justicia. 8. Contratación de un seguro de responsabilidad civil por daños. 9. Elementos generales de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la administración de justicia. A) Procedimiento. B) Responsabilidad objetiva y lesión antijurídica. C) Daño efectivo. D) Daño evaluable económicamente. E) Daño individualizado con relación a una persona o grupo de personas. F) Nexo causal. G) Indemnización. H) Plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. 10. Recursos jurisdiccionales posteriores. 11. Acción de responsabilidad civil y penal frente a jueces y magistrados. 12. Acción de repetición

## 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Ya es bien conocido que la responsabilidad patrimonial está regulada, con carácter general, en el artículo 106.2 de la Constitución Española, precepto que dispone:

*"Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".*

Sin embargo, la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento anormal de

la Administración de Justicia o del error judicial está prevista en un artículo distinto de la norma fundamental, el 121, que proclama (por cierto, transcribiendo la Constitución Italiana):

*“Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.*

Si se observa el lugar que ocupan dichos artículos en distintos títulos de la Constitución, se puede llegar a una conclusión y nos puede invitar a una reflexión. La conclusión es que, si el artículo 106.2 se encuadra en el Título IV de la Constitución, sobre el Gobierno y la Administración, mientras que el artículo 121 se incardina en el Título VI, referido al Poder Judicial, se puede deducir que quien responde en el supuesto de una lesión ocasionada por el funcionamiento de los servicios públicos es la Administración Pública, mientras que en el caso del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es el Estado. Y esto parece ser así porque el Poder Judicial es un Poder del Estado, y éste ostenta competencias exclusivas sobre la Administración de Justicia, así como sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (ex artículos 149.1.5º y 149.1.18º CE).

En todo caso, el tenor literal del artículo 121 CE, que se remite a una ley para regular los daños causados por error judicial y por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, supone que no sea un precepto directamente aplicable, según jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional<sup>1</sup>. Sin embargo, esa literalidad del precepto reconoce un derecho a los ciudadanos, que puede considerarse como un derecho subjetivo, pero no un derecho fundamental susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Es verdad que el derecho a la tutela judicial efectiva sí es un derecho fundamental recurrible en amparo, pero el alto Tribunal ha matizado que ese derecho consiste en obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en Derecho y no manifiestamente arbitraria o

irrazonable, pero no consiste en tener un derecho a la satisfacción de la pretensión.

De la anterior conclusión surge la reflexión siguiente: teniendo en cuenta que por todos es sabida la jurisprudencia constitucional sobre el significado del término “Administración de Justicia”, que siempre que se refiere al núcleo esencial del Poder Judicial sólo puede ser competencia exclusiva del Estado, mientras que su vertiente meramente material, la “Administración de la Administración de Justicia” no forma parte del núcleo esencial y exclusivo del Poder Judicial, lo que ha permitido y permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias sobre la provisión de medios personales y materiales en la materia, podría llegar a plantearse que los daños causados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sean imputables a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en la materia cuando se trate de daños que sean debidos a la actividad de los Juzgados y Tribunales en su vertiente material y no en la jurisdiccional. Los daños producidos por las actuaciones jurisdiccionales de los órganos judiciales se encuadran dentro del error judicial o la prisión preventiva (como submodalidad de ésta) y, en consecuencia, al deberse a la actividad de los jueces y magistrados en el ejercicio de su jurisdicción, y al ser ésta única (por el principio de unidad jurisdiccional, ex artículo 117.5 CE) y un Poder del Estado, deberá responder de los mismos el Estado, a través del Ministerio de Justicia, tal y como está previsto en la actualidad. En consecuencia, parece que habría argumentos suficientes como para que las Comunidades Autónomas asuman, correlativamente a la competencia sobre la Administración de la Administración de Justicia, las reclamaciones patrimoniales por funcionamiento anormal imputables a las deficiencias de medios organizativos, materiales y personales que presenten los Juzgados y Tribunales del ámbito territorial de la Comunidad autónoma, en consonancia con el principio de corresponsabilidad que ha inspirado otras competencias transferidas por el Estado a las autonomías en todo el proceso de descentralización vivido

hasta el momento. Puesto que el funcionamiento anormal, como se verá, se debe esencialmente a un déficit de medios y logística, incluyendo las mayoritarias reclamaciones por dilaciones indebidas (que, sin duda, se deben a multitud de factores que deben ponderarse, según el Tribunal Constitucional), parece abrirse la posibilidad de reflexionar sobre la necesidad de que las Comunidades Autónomas también asuman la tramitación, resolución y posible indemnización con cargo a sus presupuestos de los daños consecuencia del funcionamiento anormal exclusivamente, no así de los derivados del error judicial o de la prisión preventiva por las razones antes expuestas. Esta reflexión ya tuvo eco en nuestra jurisprudencia constitucional con anterioridad<sup>2</sup>, al considerar posible que la obligación de reparar el daño causado se desplace a las Comunidades autónomas que han asumido competencias en la materia.

Por otra parte, cabe apreciar otra diferencia entre el tratamiento de la responsabilidad patrimonial general y la derivada de la Administración de Justicia, y es que la primera genera un derecho a una indemnización tanto por el funcionamiento normal como por el anormal de la Administración Pública, mientras que en el caso de la segunda sólo se genera si se ha producido un funcionamiento anormal, ya que el funcionamiento normal de la Administración de Justicia no puede ocasionar daños ilegítimos al ser desplegada por jueces y Tribunales que ejercen una función jurisdiccional cuyas resoluciones pueden ocasionar perjuicios que los interesados tienen el deber jurídico de soportar y en ningún caso se pueden reputar antijurídicos.

En todo caso, parece que la responsabilidad patrimonial es una suerte de contrapartida de la Administración Pública a sus prerrogativas o privilegios, que son, frente al ciudadano: la potestad de autotutela declarativa por la que la Administración puede dictar declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas subjetivas, aprovechando la presunción de legalidad de la que gozan en nuestro Derecho esas declaraciones; la potestad de autotutela ejecutiva por la que esa misma Admi-

nistración puede ejecutar sus propias decisiones, llegando incluso al empleo de la coacción; la reclamación administrativa previa a las vías judiciales civil y laboral; la no suspensión de la ejecución de los actos administrativos por el recurso administrativo o jurisdiccional; la conocida regla *solve et repete*; la imposibilidad de interponer interdictos frente a la Administración, etc. Por tanto, la responsabilidad patrimonial, junto al principio de legalidad previsto en los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución y el sometimiento de la Administración al Derecho son elementos esenciales del Derecho Administrativo que equilibran la relación de fuerzas entre aquella y los ciudadanos.

Al mismo tiempo, esas prerrogativas son, como todos sabemos, una contrapartida que reconoce el legislador a la Administración por ser un poder público y por formar parte de un poder del Estado, el Ejecutivo, que goza de ciertos privilegios frente a los destinatarios de ese poder. En el caso de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, se trata, además, de una garantía más del principio de independencia judicial, puesto que, si el juez o magistrado se equivocan en su labor jurisdiccional, no responden ellos mismos, sino que lo hace el Estado, sin perjuicio de la posible acción de repetición que éste tiene a su alcance y que le brinda la propia normativa reguladora de esta institución. Este principio merece una reflexión que hoy en día es más oportuna que nunca, al exigirse en todos los órdenes de la vida económica, política, cultural y social la responsabilidad de quien comete un error. Es indudable que cuando el funcionario sabe que sus presuntos errores estarán cubiertos por el Estado objetivamente responsable, le puede conducir a cierta relajación en su nivel de autoexigencia que no es posible reconocer en el sector privado, so pena de ser expulsado del mercado por ausencia de calidad en el servicio que se presta. Efectivamente, la calidad es un principio que exige responsabilidad y excelencia en el trabajo y el servicio que se ofrece al cliente, lo que trasladado a la Administración Pública y, en concreto, a la Administración de

Justicia (así se recoge de forma expresa en la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de abril de 2002) supone una Justicia más ágil, más atenta y más responsable.

La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia también se relaciona con otros principios esenciales en un Estado de Derecho, como la confianza de los ciudadanos en sus instituciones, la seguridad jurídica, la neutralidad y objetividad y la independencia judicial. Además, y esta es una de las características más importantes; esta responsabilidad patrimonial es objetiva, por lo que la hace independiente del grado de culpa o negligencia del juez, magistrado o personal de la Administración de Justicia que la cause, convirtiéndose a la culpa en un título más de imputación como lo puede ser el enriquecimiento injusto de la Administración o la ilegalidad de un acto administrativo. También son características propias de este instituto de la responsabilidad patrimonial que su contenido es, precisamente, patrimonial y que tiene alcance resarcitorio o reparador integral del daño causado en ese patrimonio del perjudicado, que la responsabilidad es objetiva y que deja al margen la idea de culpa del sujeto causante.

La responsabilidad patrimonial es una responsabilidad extracontractual, puesto que la contractual es la derivada de un contrato que celebra la Administración con particulares, ya sea de naturaleza pública o privada, y cuyo régimen de resarcimiento por los daños y perjuicios causados está previsto en su normativa específica, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. No obstante, el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, dispone que se sigue el procedimiento previsto en esta norma para determinar los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de

contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, sin perjuicio de las especialidades que la legislación de contratos establece.

De conformidad con el artículo 139.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC), la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). Y así lo hizo el legislador orgánico, cuyos artículos 292 a 297 recogen los principios generales de esta responsabilidad:

*Artículo 292*

1. Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título.
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
3. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización.

*Artículo 293*

1. La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de este se aplicarán las reglas siguientes:
  - a. La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse.
  - b. La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si éste se atribuyese a una sala o sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la sala que se establece en el artículo 61. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.
  - c. El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo

partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado.

d. El Tribunal dictará sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días, con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error.

e. Si el error no fuera apreciado se impondrán las costas al peticionario.

f. No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.

g. La mera solicitud de declaración de error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquel se impute.

2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse.

#### Artículo 294

1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior.

#### Artículo 295

En ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado.

#### Artículo 296

El estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el tribunal competente. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal.

#### Artículo 297

Lo dispuesto en los artículos anteriores no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los jueces y magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley."

## 2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Desde el punto de vista subjetivo, en España los procedimientos de responsabilidad patrimonial no están unificados, puesto que el régimen general está previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC), artículos 139 y siguientes, además de en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las AAPP en materia de responsabilidad patrimonial; éste último aplicable a todas las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de derecho público o de derecho privado, sin perjuicio de las especialidades propias de las Comunidades autónomas de conformidad con su legislación.

Subsisten dos procedimientos especiales hasta la fecha: la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y el procedimiento de responsabilidad contable. En el régimen general está incluida (disposición adicional primera del RD 429/1992 y disposición adicional duodécima de la LRJAP y PAC, ésta última introducida por la modificación operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) la responsabilidad que se exige por los daños y perjuicios causados por o en ocasión de la asistencia sanitaria, a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas<sup>3</sup>. Otro procedimiento especial es el derivado de la responsabilidad patrimonial en materia de urbanismo, previsto en los artículos 28 y siguientes de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. En concreto, el artículo 30 de dicho texto legal recoge los supuestos de lesiones de bienes y derechos que dan lugar, en todo caso, a una indemnización, como son la alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, las vinculaciones y limitaciones singulares que

excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso, la modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, o la anulación de esos mismos títulos habilitantes así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente.

A pesar de todo, la remisión que la LOPJ hace a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado (tanto la LRJAP y PAC como el RD 429/1993) manifiestan la unidad procedimental de tratamiento por el funcionamiento normal o anormal de los Poderes del Estado. Subsiste, por otra parte, la responsabilidad penal, civil y disciplinaria prevista en los artículos 405 y siguientes de la LOPJ. Así, el artículo 405 regula la responsabilidad penal de los jueces y magistrados por los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo; el artículo 411 LOPJ regula la responsabilidad civil de los jueces por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa; y los artículos 414 y siguientes regulan la responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados de conformidad con el catálogo de faltas previstas en dicha norma orgánica. De todo ello se hará un análisis pormenorizado más adelante.

Respecto a los sujetos judiciales que pueden dar lugar a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, error judicial o prisión preventiva indebida, parece existir consenso en que lo son los jueces y magistrados como integrantes del Poder Judicial, poder regulado en el Título VI de la Constitución Española y que recoge en su seno al mismo artículo 121. Por tanto, dentro de la Administración de Justicia se encuentran todos los órganos jurisdiccionales de todos los órdenes, desde el Tribunal Supremo hasta los Juzgados de Paz, incluyendo los Tribunales del Jurado, el Tribunal de Aguas de Valencia, los Tribunales castrenses y el Tribunal de Cuentas, éste último por cuanto es un órgano jurisdiccional que ejerce potestades jurisdiccionales aunque esté

regulado en un título (el VII) de la Constitución aparte del Título VI, si bien contra sus resoluciones cabe interponer los recursos de apelación, casación y revisión. También quedarían incluidos los secretarios judiciales y el resto de personal al servicio de la Administración de Justicia, siempre que realicen o dicten actos directamente relacionados con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como las diligencias de constancia, actos de comunicación, de impulso y de documentación, entre otros. Por tanto, los actos no relacionados con la función jurisdiccional no serían indemnizables por la vía del artículo 121, sino por la del artículo 106.2 de la Constitución, que prevé la responsabilidad del Estado por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Y es que el concepto de “Administración de Justicia” es el que la doctrina y la jurisprudencia reconocen mayoritariamente como la función que consiste en resolver un conflicto jurídico empleando las normas procesales establecidas para ello; es decir, la pura función jurisdiccional que sólo pueden ejercer los jueces y magistrados y, sólo para algunos actos, los secretarios judiciales, dejando fuera del concepto la administración de la Administración de Justicia, que se refiere a la actividad que tiene por objetivo satisfacer las necesidades materiales, personales e instrumentales de la función jurisdiccional y que realizan mayoritariamente los secretarios judiciales y el resto de personal con los medios que ponen a su disposición las Administraciones Públicas competentes. Incluso los jueces y magistrados pueden realizar también actuaciones materialmente administrativas como la función disciplinaria (una sanción impuesta a un juez o un magistrado por la comisión de alguna falta leve, grave o muy grave de las previstas en la LOPJ), cuya actividad dañosa para los particulares la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>4</sup> vino a encuadrar en la responsabilidad patrimonial general de las Administraciones Públicas. Cuando los jueces y magistrados ejercen funciones no jurisdiccionales, como las conocidas como funciones gubernativas derivadas de su trabajo en una sala de gobierno o en un decanato, la responsabilidad patrimonial en que pudieran incurrir por las deci-

siones adoptadas en ese ámbito se debe exigir conforme a la LRJAP y PAC, no por la LOPJ. Ese mismo comentario cabe realizar respecto de los jueces y tribunales que realizan sus funciones como encargados del Registro Civil o cuando las ejercen en las Juntas Electorales previstas en la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General.

No cabe alegar funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (especialmente por error judicial) frente a órganos que reciben la denominación de “Tribunal” y que, sin embargo, son auténticos órganos administrativos, como es el caso del Tribunal Económico-Administrativo Central, los Tribunales Económico-Administrativos Regionales o Locales y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Tampoco cabe admitir una reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia frente a una resolución o sentencia del Tribunal Constitucional, porque es único en su orden y constituye una jurisdicción propia, la jurisdicción constitucional, que no es una jurisdicción ordinaria. Contra sus sentencias no cabe recurso alguno, salvo el recurso de aclaración, mientras que contra las providencias y los autos que dicte ese Tribunal sólo cabe, en su caso, el recurso de súplica (*ex* artículo 93 LOTC).

Por lo que se refiere al ministerio fiscal, parece también existir consenso en considerar que no puede incluirse dentro del ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por cuanto no forma parte del Poder Judicial, sino que está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (*ex* artículo 2.1 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) y se rige por lo que disponga su Estatuto Orgánico (*ex* artículo 541 LOPJ). Sin embargo, y aunque sólo sirva como apunte contrario, en alguna ocasión el Consejo de Estado ha considerado<sup>5</sup> conveniente incluir dentro del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 121 de la Constitución al ministerio fiscal, precisamente porque el Estatuto Orgá-

nico del Ministerio Fiscal lo integra en el Poder Judicial. Por todo ello, en el caso de las actuaciones del ministerio fiscal que pudieran causar perjuicios, la tesis mayoritariamente defendida es que se exija por el procedimiento general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. No obstante lo extraordinario de este tipo de reclamaciones por funcionamiento anormal del ministerio fiscal (por ejemplo, retraso en la emisión de informes preceptivos o en la incoación de un expediente recibido de un órgano judicial que pudo ocasionar la prescripción de una infracción penal), algunas Resoluciones del año 2002 dictadas por el Ministerio de Justicia en expedientes de responsabilidad patrimonial venían a considerar a aquél como parte de la Administración de Justicia en una concepción amplia, aunque el sentido de las Resoluciones fuese desestimatorio por carecer de otros requisitos para apreciar la responsabilidad, como la relación de causalidad o haberse producido un daño efectivo, individualizado y evaluable. También ha existido algún pronunciamiento judicial al respecto, como la sentencia de 22 de noviembre de 2006, de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, que llegó a estimar parcialmente la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia debido a la paralización injustificada del procedimiento penal en una fiscalía de menores por un plazo superior al de prescripción de una falta penal. No obstante, no existe jurisprudencia aplicable a estos supuestos, por lo que —se insiste— cabría inclinarse por la opción de no considerar el funcionamiento del ministerio público dentro del ámbito de aplicación del artículo 121 de la Constitución. La razón esencial estriba en que el ministerio fiscal no administra Justicia; es parte en un proceso judicial, pero no dicta una resolución por la que se aplica la Justicia al caso concreto que se enjuicia. En todo caso, además de poder exigirse al Estado responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal del ministerio fiscal, caben también la responsabilidad disciplinaria de los fiscales, la responsabilidad civil y la penal por el ejercicio de sus acciones.

Por lo que respecta a la policía judicial a que se refiere el artículo 126 de la Constitución Española, distinta de la policía de seguridad o policía gubernativa prevista en el artículo 104 de la misma norma constitucional, en general se viene aceptando que se puede asemejar al resto de personal al servicio de la Administración de Justicia cuando actúan verdaderamente como tal policía judicial, con unidades adscritas funcionalmente al Poder Judicial, y que reciben órdenes de los jueces y magistrados para prestarles el auxilio que necesiten en su función. Cuando los funcionarios policiales practican cualquier tipo de diligencia preventiva por iniciativa propia, la reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia debe derivarse a la responsabilidad patrimonial en general regulada en la LRJAP y PAC.

### 3. DERECHO COMPARADO

En España y hoy en día, se puede decir que la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la propia de la Administración de Justicia es ampliamente generosa en comparación con otros países de nuestro entorno; de modo que, en la mayoría de los países de Derecho continental europeo, sólo se reconoce la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso del error judicial por prisión preventiva indebida o, como mucho, por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados. Si es habitual encontrar en el Derecho comparado una regulación de la responsabilidad patrimonial por la actividad no jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales (lo que en nuestro ordenamiento entendemos por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia) es, sin embargo, excepcional una regulación que defienda al particular del error judicial en general como se contempla en nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, en los países de nuestro entorno se ha pasado progresivamente por varios estadios en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia, de manera que ya se reconoce la responsabilidad directa.

Especialmente, en el Derecho comparado la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia está dirigida prioritariamente al ámbito penal.

En el Derecho alemán se recoge el derecho de “*beschleunigung des verfahrens*” o principio de aceleración en los procesos judiciales. La regulación de la responsabilidad patrimonial en Alemania se centra en los daños causados por error judicial, en cuyo caso se resarcen los daños materiales sufridos, y también regula el error derivado de la prisión preventiva indebida, caso en el que se resarcen también los daños morales del perjudicado. La Administración Pública alemana también responde de los daños derivados de la actuación culposa de los jueces y magistrados, aunque éstos gozan de una suerte de privilegio judicial, que consiste en que sólo se les puede exigir responsabilidad por los daños causados cuando el incumplimiento de su deber constituya un hecho punible.

En Francia se regula el error judicial en el ordenamiento penal de manera objetiva y *ex lege*, sin que se requiera probar la culpa del funcionario. Además, distingue los errores debidos a la organización judicial, que deriva al instituto de la responsabilidad general del Estado por el funcionamiento de sus servicios públicos, de los errores debidos a la actividad jurisdiccional de los jueces y Tribunales, en cuyo caso el ordenamiento jurídico francés considera que todo acto del juez es un acto de soberanía que no puede ser controlado por los Tribunales de Justicia y que, por tanto, la responsabilidad del juez es casi incompatible con la cosa juzgada. No obstante, se ha apreciado una evolución positiva hacia la responsabilidad del juez, de manera que la Ley de 5 de julio de 1972 dispone que “*el Estado está obligado a reparar el daño causado por el funcionamiento defectuoso del servicio de la justicia. Esta responsabilidad sólo podrá hacerse derivar por la existencia de una falta grave o una denegación de justicia*”.

En Italia la responsabilidad patrimonial está recogida expresamente en su Constitución de 1947, cuyo artículo 24 proclama: “*La ley*



*determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales*". Como ocurre en otros muchos países de la Unión Europea, la normativa italiana específica en responsabilidad patrimonial se centra en el error judicial por prisión preventiva indebida.

Por lo que se refiere a los Estados Unidos de América, si bien la Constitución norteamericana de 1787 no contiene previsión específica alguna sobre la responsabilidad patrimonial, sin embargo se recogen unos cuantos derechos que son de interés a estos efectos. Así, el artículo 2, cuarta sección, dispone que todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus puestos al ser acusados y declarados culpables de traición, cohecho u otros delitos y faltas graves. El artículo 3, sin embargo, que regula el poder judicial de los EEUU, no menciona ningún título de responsabilidad del Estado ni por el funcionamiento de su Administración Pública ni por el de su Administración de Justicia. Por último, la Sexta Enmienda (ratificada el 15 de diciembre de 1791) establece un principio que ya nos resulta conocido, cual es que, en las causas criminales, el acusado tendrá derecho a ser juzgado rápidamente ("speedy trial") y en público por un jurado imparcial. En resumen, en los EEUU la regulación es semejante a la que se recoge en Francia, de modo que se distingue entre la actividad puramente jurisdiccional de la administrativa que rodea al juez en el ejercicio de su función. La primera se considera no controlable, al defenderse el principio de inviolabilidad de la cosa juzgada, de manera que no se puede exigir responsabilidad a los jueces y, como máximo, se puede solicitar su destitución en los casos más graves. La actividad administrativa y no jurisdiccional sí puede dar lugar a responsabilidad y al resarcimiento del daño causado.

Aunque sólo sea un breve apunte respecto a nuestro país, y tal y como se podrá apreciar en las cifras que se presentan en este estudio, el número de expedientes que han tenido entrada en el Ministerio de Justicia ha ido creciendo año tras año, en consonancia con el aumento de la conflictividad judicial que se aprecia en

la sociedad española en los últimos tiempos. Lejos ha quedado, por tanto, el clásico concepto de Montesquieu de un juez que mecánicamente aplica la ley y las normas, que no puede crear Derecho ni interpretar y que no puede equivocarse, haciéndolo irresponsable de sus actos. No obstante, también ha de destacarse que, tanto en sede administrativa como en sede judicial, el nivel de estimaciones de dichas reclamaciones es escaso, y que las indemnizaciones concedidas tampoco son elevadas, debido quizá a que el sistema de responsabilidad patrimonial en España tiene un carácter meramente resarcitorio. En Europa, y menos aun en nuestro país, las indemnizaciones no tienen el alcance punitivo y hasta mediático característico, por ejemplo, de los Estados Unidos, donde la indemnización que se reconoce no sólo pretende compensar el daño causado al perjudicado, sino también castigar a aquel que lo ha cometido.

## A) DERECHO COMUNITARIO

También resulta oportuno realizar una mención, aunque sea brevemente, al sistema de responsabilidad patrimonial previsto en el Derecho Comunitario. El artículo 288 del Tratado de la Comunidad Europea, en la versión consolidada tras los Tratados de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 y de Niza de 26 de febrero de 2001, dispone que:

*"La responsabilidad contractual de la Comunidad se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate.*

*En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*

*El segundo párrafo se aplicará en las mismas condiciones a los daños causados por el Banco Central Europeo o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones.*

*La responsabilidad personal de los agentes ante la Comunidad se regirá por las disposiciones de su Estatuto o el régimen que les sea aplicable."*

Como puede apreciarse, el sistema de responsabilidad previsto en la Unión Europea se remite a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sin que los Tratados consti-

tutivos contengan procedimiento alguno para la exigencia de tal responsabilidad. En general, cabe destacar que la jurisprudencia comunitaria, a través de varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) exige, para que pueda apreciarse responsabilidad extracontractual de la Comunidad, que concurren estos requisitos: un comportamiento con resultado lesivo o dañoso para el particular, la existencia de un daño real y cierto, y una relación de causalidad entre el comportamiento lesivo y el daño producido.

Están legitimados para exigir la responsabilidad extracontractual cualquier persona física o jurídica, incluidos los Estados miembros, que entiendan que un acto administrativo o un acto normativo emanados de las instituciones comunitarias contrarios a Derecho le han ocasionado un perjuicio. Pasivamente, está legitimada la Comunidad Europea a través de la institución comunitaria específica que ha ocasionado el daño y contra la que se debe dirigir la reclamación.

De estos litigios conocen los Tribunales comunitarios, concretamente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), tal y como dispone el artículo 235 del Tratado de la Comunidad Europea:

*"El Tribunal de Justicia será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refiere el segundo párrafo del artículo 288."*

si bien los órganos jurisdiccionales de los propios Estados miembros son competentes para conocer de las pretensiones de indemnización de los daños causados a particulares por las autoridades nacionales cuando aplican el Derecho Comunitario.

Además, el artículo 230 del Tratado de la Comunidad Europea, modificado en este punto por el Tratado de Niza, dispone que:

*"El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros."*

*A tal fin, será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.*

*El Tribunal de Justicia será competente en las mismas condiciones para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el Tribunal de Cuentas y por el BCE con el fin de salvaguardar prerrogativas de éstos.*

*Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente.*

*Los recursos previstos en el presente artículo deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo."*

Por último, y para terminar esta visión panorámica de la regulación de la institución de la responsabilidad extracontractual en el Derecho Comunitario, cabe referirse al plazo que regula este ordenamiento para ejercitar la acción. Así, de acuerdo con el artículo 46 del Estatuto del TJCE<sup>6</sup>, el plazo para el ejercicio de la acción es de 5 años a contar desde que se produjo el hecho que las motivó, es decir, desde el momento en que efectivamente se produjo el daño y no desde el momento de la publicación o notificación de la resolución. Se trata de un plazo de prescripción que se interrumpe por la presentación de la demanda ante el TJCE o mediante la reclamación previa que el damnificado puede presentar ante la institución comunitaria que dictó el acto lesivo, de acuerdo con el artículo 230 mencionado.

#### 4. FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Se trata de una causa de responsabilidad del Estado-Juez cuya definición no es sencilla al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, tal y como lo ha considerado la jurisprudencia

cia<sup>7</sup>. Sin embargo, el concepto puede definirse con algo más de precisión al ser todo funcionamiento no normal de la Administración de Justicia y al no imputarse a la culpabilidad o no del juez en su proceder, ya que el sistema de responsabilidad por este concepto es objetiva, y así lo quiso el legislador, dejando de lado cualquier referencia a la ilicitud o culpabilidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Esa definición por exclusión obliga, por tanto, a definir lo que se considera funcionamiento normal, y en esto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al considerar que el derecho a la tutela judicial efectiva (que es el mejor termómetro de un funcionamiento normal) está integrado por el derecho al proceso, el derecho a que éste se desarrolle según los parámetros constitucionales y el derecho al aseguramiento del bien o derecho en litigio.

En general, se trata de un funcionamiento anormal debido a la actividad de los Juzgados y Tribunales, tanto de los propios jueces y magistrados en el ejercicio de su actividad jurisdiccional como de la oficina judicial a través de los secretarios judiciales que la dirigen y el resto de personal al servicio de la Administración de Justicia previsto en el libro VI de la LOPJ: funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa y del Cuerpo de Auxilio Judicial, del Cuerpo de Médicos forenses, y de los Cuerpos de Facultativos, Técnicos Especialistas y de Auxiliares de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. En todo caso, siempre se requiere que se trate de una actividad jurisdiccional o directamente relacionada con ella, puesto que las actuaciones puramente materiales de estos actores del servicio público de la Justicia se exigirían por la vía de la responsabilidad general de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, y a diferencia del error judicial que sólo puede proceder de actos jurídicos estrictos (sentencias, autos y providencias), el funcionamiento anormal procede de actuaciones materiales, normalmente dilaciones indebidas, pero también por omisiones de fases, trámites o etapas procesales que impiden

el recto enjuiciamiento de los asuntos. Son ejemplos típicos de funcionamiento anormal las dilaciones indebidas, la desaparición de dinero, joyas, documentos u otras pruebas de convicción, sustracción de las mismas, ... Así, el Tribunal Supremo ha considerado<sup>8</sup> que el funcionamiento anormal se produce no sólo como consecuencia de los retrasos en la prestación del servicio público de la Justicia, sino también por infracciones graves de las normas procesales que la jurisdicción ha de emplear para decidir. Este tipo de omisiones o trámites pueden ser imputables a los secretarios judiciales que, por lo que posteriormente se comentará, no pueden incurrir en errores judiciales al no poder dictar resoluciones en el sentido estricto procesal del término. Sin embargo, sí pueden dar lugar a un funcionamiento anormal por errores en los actos de notificación y comunicación o en la elección de los tipos de resoluciones, entre otros. En el Ministerio de Justicia se consideran y tramitan como causas de funcionamiento anormal las dilaciones indebidas (a lo que se dedica un subapartado especial en este estudio), las suspensiones de vistas, el extravío o pérdida de medios probatorios o pruebas de convicción, el extravío de depósitos judiciales, embargos o prisión preventiva o detención indebida por funcionamiento anormal (no como causa específica prevista en el artículo 294 para la prisión preventiva indebida).

La responsabilidad, en este supuesto, es objetiva; por lo que es absolutamente independiente de la ilegitimidad o culpabilidad de la actuación de los Juzgados y Tribunales, si bien la conducta dolosa o culposa del perjudicado excluye el posible derecho a indemnización, tal y como reza el artículo 295 LOPJ, como también lo excluye la fuerza mayor (artículo 292.1 LOPJ). Además, aunque se hayan producido resoluciones irregulares por omisión de trámites o fases procesales, por ejemplo, la mera revocación o anulación de aquellas no presupone el derecho a la indemnización (artículo 292.3 LOPJ). Para que exista el derecho a la indemnización por funcionamiento anormal han de concurrir los requisitos generales

de toda responsabilidad patrimonial, que son: daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas y que exista un nexo causal o relación directa, inmediata y exclusiva entre la causa y el efecto producido (*ex* artículo 292.2 LOPJ).

Respecto a las causas que excluyen la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal, la fuerza mayor (*ex* artículo 292.1 LOPJ) consiste en sucesos previsibles pero inevitables, de conformidad con el artículo 1.105 del Código Civil, lo que lo diferencia del caso fortuito, que son sucesos que no han podido preverse. Según la jurisprudencia<sup>9</sup> del TS, la fuerza mayor es “*un acontecimiento sobre cuya realidad no exista duda y que, aparte de ser ordinariamente imprevisible y siempre inevitable, excede de los riesgos propios de la empresa, los cuales se comprenden en el caso fortuito como causa indefinida del siniestro, que no debe exonerar a quien responde, con abstracción de cualquier culpa, del funcionamiento normal de los servicios y aun del simple funcionamiento de los mismos*”. También excluye la responsabilidad del Estado la conducta dolosa o culposa del perjudicado (*ex* artículo 295 LOPJ), que consiste en aquel comportamiento que tiene una persona cuando actúa conscientemente y con la intención de producir un resultado antijurídico o cuando actúe de forma negligente o incorrecta.

Si se produce un supuesto de funcionamiento anormal, no es imprescindible contar con una resolución judicial que reconozca el mismo, de manera que nunca se exigirá la declaración de la existencia de error judicial, como ocurre específicamente en este supuesto.

El Tribunal Supremo<sup>10</sup> ha reconocido que dentro de este concepto se pueden incluir las dilaciones indebidas, subsumibles en el ámbito del artículo 292 LOPJ. Sin duda es el motivo estrella por el que se tramitan, instruyen y resuelven el mayor número de expedientes de responsabilidad patrimonial en el Ministerio de Justicia (por mencionar tan sólo el último año, en 2006, el 48 % de los expedientes re-

sueltos por el Ministerio de Justicia en materia de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, error judicial y prisión preventiva se debieron a dilaciones indebidas, porcentaje que se ha repetido, aproximadamente, en los seis primeros meses del año 2007). Asimismo, y por lo que se ha podido comprobar, también es el motivo que más pronunciamientos judiciales acumula en sede constitucional, ante el Tribunal Supremo y ante el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha condenado a España en varias ocasiones por la vulneración del derecho, recogido en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>11</sup>, a un proceso tramitado en tiempo razonable.

Y algunos autores de la doctrina han considerado como funcionamiento anormal de la Administración de Justicia la indemnización que debe afrontar el Estado (y que satisface el Ministerio de Justicia<sup>12</sup>) por los salarios de tramitación cuando, desde la fecha en que se presentó la demanda por despido hasta la sentencia del Juzgado o Tribunal que por primera vez declara su improcedencia, hayan transcurrido más de sesenta días hábiles. En este caso, como se sabe, y de conformidad con el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Laboral (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), el empresario puede reclamar al Estado los salarios pagados al trabajador que excedan de dicho período temporal.

En la gran mayoría de los procedimientos que son tramitados en el Ministerio de Justicia se ha podido apreciar que el informe que preceptivamente ha de emitir el Consejo General del Poder Judicial (*ex* disposición adicional segunda del Real Decreto 429/1993) es contrario a la estimación, al utilizar un criterio muy restrictivo que identifica el retraso en la resolución de un asunto con la dilación indebida susceptible de recurso de amparo ante el TC y porque tiene muy presente como criterio definitorio los estándares o insuficiencias estructurales de la Administración de Justicia para justificar el retraso indemnizable. Sobre todo esto se volverá más adelante.

En materia de procedimiento, el funcionamiento anormal se diferencia del error judicial en que el primero no requiere una declaración previa por parte de los jueces o Tribunales, sino que basta con la reclamación indemnizatoria directamente presentada ante el Ministerio de Justicia. Además, en el funcionamiento anormal no se priva directamente a las partes de bienes o derechos ni se les impone obligaciones o gravámenes indebidamente, mientras que en el error judicial se ha tenido que dictar una resolución manifiestamente equivocada que produzca directamente esos perjuicios a los interesados. Así, son casos de funcionamiento anormal y no error judicial las consideraciones indebidas que puede hacer un juez en sus resoluciones o el que no aplica una norma por considerarla excesiva.

Antes de finalizar este apartado, conviene recordar la importancia que para un Estado social y democrático de Derecho tiene evitar el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por cualquiera de sus causas. No sólo porque no tener que afrontar reclamaciones y recursos por estos motivos sería un buen termómetro de la temperatura de nuestro sistema judicial, sino porque con ello se garantizarían todos los derechos de las partes en un proceso, se impartiría Justicia de una forma rápida y eficaz y, finalmente, se favorecerían enormemente los principios de seguridad jurídica y desarrollo económico. Una Justicia ágil y sin errores es imprescindible para el desarrollo económico y social de un país. Cuando las instituciones funcionan correctamente, se garantizan los derechos de los ciudadanos, se corrigen los abusos cometidos por las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, se articulan los mecanismos necesarios que garantizan la independencia de los tres poderes del Estado, se fomenta el desarrollo económico por la seguridad que tienen todos los ciudadanos y operadores de los ámbitos social, económico, cultural, jurídico y político, en unas reglas del juego claras e iguales para todos. El grado de influencia de la Justicia sobre la economía ha sido analizada en múltiples ocasiones, y el Foro Económico Mundial lo ha llegado a cuantifi-

car en un 20 %, aproximadamente: lo que da una idea de la importancia que tiene contar con unas normas transparentes, objetivas y justas para múltiples decisiones de contenido económico en los países, como la inversión extranjera en un país o la del tejido económico de este país en el extranjero, luchar eficazmente contra el fraude económico, garantizar los derechos de los consumidores y usuarios, proteger a las pequeñas y medianas empresas ante proveedores y clientes morosos o insolventes o reducir las primas de riesgo en ciertos sectores productivos o la calificación crediticia de un Estado por parte de las agencias calificadoras internacionales, con las consiguientes consecuencias en los mercados financieros, de crédito y de valores.

## A) DILACIONES INDEBIDAS

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se encuentra recogido a nivel constitucional en el artículo 24.2 de la Constitución Española, que dispone que todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. El hecho de que se encuentre este derecho recogido en ese lugar de la Constitución le hace meritorio de un grado especial de protección, como todos sabemos, derivado tanto del artículo 53.1 como del artículo 53.2 de la norma fundamental. Aunque, en principio, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas pudiera hacer pensar que se refiere sólo al proceso penal, la verdad es que es una circunstancia invocable y que se puede producir en cualquier tipo de proceso.

Pero, además de la regulación constitucional, en el Derecho Internacional Público también se pueden encontrar referencias a este derecho, que vinculan plenamente a España desde que esos textos han sido ratificados y publicados en nuestro país, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución Española. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, se reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas; también el Convenio

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 (y ratificado por España por medio de Instrumento de 26 de septiembre de 1979), reconoce que toda persona tiene derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene a considerar como causa agravante del artículo 6.1 del Convenio para determinar la indemnización que la situación procesal de un país no mejore y continúe arrastrando un excesivo retraso en la resolución de los litigios. Y, por cierto, parece que, en general, otorga un considerable valor a los informes que sobre la situación de la justicia en nuestro país emiten cada año el Consejo General del Poder Judicial, el Defensor del Pueblo o hasta los mismos Colegios de Abogados.

El Tribunal Constitucional ha considerado<sup>13</sup> equiparables los conceptos de “plazo razonable” y el de “dilaciones indebidas”, pero también ha dejado claro que este último concepto no es automáticamente equivalente al mero incumplimiento de los plazos procesales. Además, las normas procesales ya prevén mecanismos para impulsar el proceso con celeridad.

El Tribunal Constitucional considera<sup>14</sup> desde hace tiempo, y así ha sido recogido por el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, que las dilaciones indebidas son un concepto jurídico indeterminado que debe dotarse de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos derivados de la naturaleza y circunstancias del litigio en función de su complejidad o relevancia, la conducta procesal del demandante o la actuación del órgano jurisdiccional o de las autoridades o funcionarios, de conformidad con la duración de los litigios del mismo tipo y los medios disponibles. Esta doctrina del Tribunal Constitucional, que conjuga criterios objetivos y subjetivos para construir el concepto de dilaciones indebidas, está inspirada en el conocido “*caso Zimmermann y Steiner*” juzgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en ade-

lante, TEDH) en su sentencia de 13 de julio de 1986, en el que se ponderan esas circunstancias para determinar hasta qué punto se ha producido una dilación indebida. En realidad, fue la jurisprudencia sentada por el TEDH la que construyó un concepto de dilaciones indebidas que luego ha sido utilizado por otros muchos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y entre ellos, el español. A pesar de ello, ese mismo Tribunal ha urgido a los poderes públicos de los Estados a estructurar y organizar su sistema judicial de modo que se permita a los Tribunales de Justicia atender un proceso en un tiempo razonable. En múltiples sentencias, el TEDH ha desestimado las demandas que invocaban dilaciones indebidas basándose en la complejidad del litigio, a que el recurrente ha manifestado una actitud obstruccionista en el proceso o a que existe una bolsa de pendencia o retraso en la resolución de asuntos meramente temporal, ya que, si se trata de un retraso estructural, la dilación —a juicio de ese Tribunal— es siempre indebida y se tiene derecho a una indemnización por esa causa. Esta última es una importante diferencia entre la jurisprudencia europea y nuestra jurisprudencia constitucional: la primera entiende que el atraso o pendencia estructural en la resolución de asuntos no puede exculpar la resolución de un litigio en un tiempo razonable, mientras que nuestro Tribunal Constitucional considera que sí es una causa suficiente para excluir la responsabilidad del Estado.

En lo que respecta a la complejidad de los asuntos, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha considerado ponderable el factor de las circunstancias particulares del caso que se enjuicia para estimar razonables las dilaciones, como por ejemplo en algún supuesto de urbanismo y protección del medio ambiente, que requiere “*un examen atento y una evaluación prudente de los hechos*”.

Como hay distintos grados en la gravedad de los retrasos que se producen a la hora de aplicar Justicia, hay que hacer referencia a los efectos que un simple retraso (por el mero incumplimiento de los plazos), un retraso más grave y un retraso gravísimo que supone la vio-

lación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (previsto en el artículo 24.2 de la Constitución Española) tiene en el ciudadano y las consecuencias jurídicas de los mismos. Porque, según estemos ante uno u otro tipo de retraso, la calificación jurídica variará desde la responsabilidad patrimonial a la vulneración de un derecho fundamental susceptible, en consecuencia, de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) también se ha pronunciado sobre el retraso simple y el grave, ya que en alguna sentencia<sup>15</sup> introdujo el elemento de valoración de los “*standards de actuación y rendimientos normales del servicio de justicia*”, si bien este criterio ha de ponderarse de una forma muy prudente por cuanto el hecho de que el actual retraso de la justicia y los más de 2.331.000 asuntos pendientes en todas las jurisdicciones<sup>16</sup> a diciembre de 2006 no puede justificarse ni elevarse al grado de “normal”, ni sería una aspiración mínimamente ambiciosa por parte del Poder Judicial hacia el ciudadano. Cabría, a este respecto, preguntarse qué sucedería con el calificativo de “normal” si la pendencia judicial y el tiempo medio de respuesta ante las demandas de justicia sigue aumentando en un futuro. El TC se ha referido<sup>17</sup>, como un elemento más a tener en cuenta, a la carencia de medios materiales y personales necesarios para satisfacer el derecho de los litigantes a una pronta respuesta de la jurisdicción a sus pretensiones procesales, si bien los jueces deben garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas aunque la dilación se deba a carencias estructurales de la organización judicial.

En definitiva, el Tribunal Constitucional considera, también, como elemento valorativo de las dilaciones indebidas, el estándar de actuación y rendimientos normales de la justicia, pero atendiendo al tipo de proceso (distinguiendo entre los pleitos civiles y los criminales —en los que la dimensión temporal del proceso tiene una mayor incidencia— o los contencioso-administrativos) y a los medios disponibles. En general, la carencia de medios

no ha impedido que el TC otorgase el amparo a algunos recurrentes que han acudido a esa vía, puesto que la falta de medios no puede vaciar de contenido el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas; como mucho puede exculpar a los jueces y magistrados encargados de dar respuesta a las pretensiones judiciales de los ciudadanos. En todo caso, el TC considera<sup>18</sup> que excluir del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas por defectos de estructura de la organización judicial dejaría sin contenido ese derecho frente a esa clase de dilaciones, de modo que<sup>19</sup> el deber judicial constitucionalmente impuesto de garantizar la libertad, justicia y seguridad con la rapidez que permite la duración normal de los procesos lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales necesarios, ya que<sup>20</sup> el principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, consagrado reiteradamente en la doctrina constitucional, impide restringir el alcance y contenido del derecho fundamental al que se hace referencia con base en distinciones sobre el origen de las dilaciones que el artículo 24.2 de la Constitución Española no establece.

El alto Tribunal ha estimado<sup>21</sup> que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas requiere para su satisfacción un adecuado equilibrio entre, de un lado, la realización de toda actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que debe ser el más breve posible. También se ha pronunciado el TC<sup>22</sup> sobre la doble faceta prestacional y reaccional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: la primera consiste en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, y supone que los jueces y Tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela; la faceta redaccional consiste en el de-

recho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas.

En cualquier caso, el TC ha considerado<sup>23</sup>, interpretando la Constitución Española, que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas es autónomo respecto al derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 de esa norma fundamental. Si bien ha existido algún pronunciamiento<sup>24</sup> en contra de esta teoría, de manera que no sería posible alegar tal derecho en vía de amparo de forma autónoma a la infracción de algún otro derecho fundamental, la postura finalmente más apoyada en sede jurisprudencial ha sido la primera.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es invocable, según el Tribunal Constitucional<sup>25</sup>, en toda clase de procesos y en todas las fases e instancias por las que discurren aquellos, incluida la ejecución de sentencia, la tasación de costas y la liquidación de intereses. Además, las dilaciones pueden proceder tanto de omisiones (suele ser lo habitual) por parte de los jueces y tribunales, como por acciones que tengan un efecto dilatorio indebido, y así lo ha reconocido el TC en varias sentencias, como las que consideran que producen ese efecto la suspensión de un juicio, la admisión de una prueba o la reapertura de la instrucción en un proceso penal. A pesar de que ese derecho es invocable en toda clase de procesos, en el orden penal, en el que las dilaciones indebidas pueden constituir una especie de *poena naturalis*, el juzgador debe extremar su celo para evitar su consumación, según ha reconocido el Tribunal Constitucional en alguno de sus pronunciamientos<sup>26</sup>.

Un ciudadano, por tanto, que considera que es víctima de una excesiva dilación en la tramitación y resolución de un proceso judicial en el que es parte, puede presentar una solicitud de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ante el Ministerio de Justicia o bien puede, directamente, interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho fundamental

previsto en el artículo 24 de la Constitución a un proceso sin dilaciones indebidas. En este segundo caso, el TC ha exigido<sup>27</sup>, como requisito previo a la admisión del recurso, que las dilaciones se hayan denunciado previamente ante el órgano judicial, permitiendo a éste que repare su error dictando sentencia en un plazo razonable, con lo que se garantiza el carácter subsidiario del recurso de amparo. Transcurrido un tiempo prudencial desde la denuncia de la mora (se trata de un concepto jurídico indeterminado), el ciudadano podrá interponer el recurso de amparo deseado ante el Tribunal Constitucional. En todo caso, se haya dictado o no la sentencia esperada por el ciudadano cuando se interpone el recurso de amparo, la dilación indebida ha existido y debiera reconocerse de forma natural en sede constitucional.

Por lo que se refiere a la satisfacción de la pretensión del ciudadano que recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, si éste le ha reconocido el amparo, con esa sentencia puede el ciudadano acudir al Ministerio de Justicia para reclamar la indemnización que corresponda al ser un título suficiente que acredite el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia<sup>28</sup> y ser un presupuesto del derecho a la indemnización de daños y perjuicios. Con ese título se inicia el procedimiento administrativo en el Ministerio de Justicia contra cuya resolución podría, eventualmente, el ciudadano interponer los recursos que procedan ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ante este cúmulo de acciones y pretensiones del ciudadano ante el supuesto de las dilaciones indebidas; el periplo jurisdiccional al que se le somete y el retraso en el cobro de la indemnización debida, que se verá incrementada por los sucesivos retrasos a que se le somete con este "itinerario" judicial, recientemente, los órganos administrativos competentes del Ministerio de Justicia se han planteado seriamente la conveniencia de sugerir a las Cortes Generales la oportuna modificación legal para que sea el propio Tribunal Constitucional, cuando dicte una sentencia que reconozca el amparo a un ciudadano por dilaciones indebidas en la tramitación de un proceso, el que fije



la indemnización a satisfacer a aquél. Es decir, que las sentencias de amparo no sólo sean declarativas, sino que fijen la indemnización o *quantum* indemnizatorio debida al particular. Sobre este asunto, sin embargo, ya se pronunció el Tribunal Constitucional<sup>29</sup> estableciendo que carece de jurisdicción para reconocer el derecho a recibir una indemnización y no está comprendida dentro de los pronunciamientos que pueden y deben contener las sentencias de amparo *ex* artículos 55 y 58 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que disponen que la sentencia que otorgue el amparo se podrá pronunciar sobre la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, sobre el reconocimiento del derecho o libertad pública y sobre el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad. El artículo 58 de la mencionada norma orgánica dispone que son competentes para resolver sobre las peticiones de indemnización de los daños causados como consecuencia de la concesión o denegación de la suspensión de la ejecución del acto los jueces o tribunales, a cuya disposición se pondrán las fianzas constituidas. A renglón seguido, se dispone en ese mismo precepto que las peticiones de indemnización se sustanciarán por el trámite de los incidentes y deberán presentarse en el plazo de un año a partir de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional. En consecuencia, y como ha dejado claro el Tribunal Constitucional tras varios pronunciamientos al respecto<sup>30</sup>, el derecho a recibir indemnización por las dilaciones indebidas, como una manifestación del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, arranca directamente de la Constitución pero se configura en la LOPJ, lo que hace que no sea por sí mismo invocable en la vía de amparo, careciendo el Tribunal Constitucional de jurisdicción para ello, ya que la indemnización tiende a conseguir el resarcimiento, la compensación o la reparación con carácter sustitutorio y, por tanto, no aparece comprendida entre los pronunciamientos que pueden y deben contener las sen-

tencias de amparo, defiriendo su declaración a la jurisdicción ordinaria.

## B) CASO DEL SÍNDROME TÓXICO

Un caso particularmente notable de dilaciones indebidas que ha dado lugar a multitud de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal ha sido el conocido como “síndrome tóxico”. Como todos conocemos, este caso fue debido a una intoxicación masiva por consumo alimenticio de aceite de colza desnaturalizado a comienzos de los años 80 y que afectó a unas 19.000 personas, unas fallecidas por la intoxicación y la gran mayoría afectadas por las secuelas de un aceite que no reunía las condiciones higiénico-sanitarias exigibles para el consumo humano. Fruto de aquel proceso se siguieron dos procedimientos penales: el Sumario 129/81 ante la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y las Diligencias Previas nº 162/89, elevadas a la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN) que dieron lugar a la formación del Rollo 5/95. En este segundo procedimiento se declaró la responsabilidad civil del Estado debido a la implicación de funcionarios públicos. Mediante Resolución de 20 de enero de 1998, la Sección 1ª acordó la formación de ramo separado para la ejecución del contenido civil de la sentencia, vinculó la ejecución de las sentencias recaídas en los dos procedimientos y reclamó el 10 de febrero de 1998 de la Sección 2ª y del Juzgado Central de Instrucción número 2 toda la documentación relativa a las personas afectadas. Mediante Auto de 13 de marzo de 1998 se abrió el plazo para la liquidación de las indemnizaciones reconocidas a los afectados.

Desde que se inició el sumario en junio de 1981 por el Juzgado Central de Instrucción número 2, se puede decir que la Administración Pública dedicó todos los medios materiales y humanos necesarios para atender el proceso con las debidas garantías y celeridad: se nombró al magistrado ponente al que se puso al frente del sumario con dedicación exclusiva, se nombraron a dos prestigiosos jueces como

colaboradores, se dotó de un adecuado equipo de funcionarios, la Administración General del Estado realizó una importante tarea de investigación científica y de prestaciones sociales, sanitarias y económicas de los afectados, y aún hoy subsiste —como se ha dicho— la *Oficina de Gestión de Prestaciones económicas y sociales del Síndrome Tóxico*. En 1987 comenzó el juicio oral respecto a los aceiteros acusados, lo que hizo que se destinaran ingentes recursos personales y materiales para garantizar los derechos constitucionales y procesales de 52 defensas, el ministerio fiscal y 38 acusaciones particulares. Se habilitaron cinco edificios, salas de vistas con aforo suficiente, oficinas judiciales, un pabellón de descanso para afectados por la enfermedad, equipos móviles de asistencia sanitaria, una sala de prensa y sala de conferencias, una secretaría con personal adscrito exclusivamente al juicio, traductores, transcritores, azafatas, especialistas en televisión y sonido, conductores, encargados de mantenimiento, agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y un químico. Llegaron a informar 178 peritos y más de 1.000 testigos. Se ha documentado el juicio con gran intensidad, las actas ordinarias se unían a las grabaciones en audio y vídeo, siendo éstas inmediatamente transcritas en papel. Al ritmo de 5 sesiones semanales, algunas de las cuales sobrepasaron la medianoche, se llegó el 28 de junio de 1988 sin haberse producido ni una sola suspensión, al visto para sentencia.

El segundo proceso, contra cargos de la Administración Pública, se inició en juicio oral en octubre de 1995. Tras la sentencia del Tribunal Supremo de septiembre de 1997, en la que se reconocía la responsabilidad subsidiaria del Estado, por recurso de casación frente a la sentencia de la AN, se dictó auto por este último órgano jurisdiccional, iniciándose la ejecución de la sentencia el viernes 19 de febrero de 1999. En este segundo proceso se dedicaron los recursos y los medios necesarios al mismo nivel o superior que en el proceso anterior contra los aceiteros.

Para atender todas las reclamaciones presentadas por los afectados, el Ministerio de Justicia

habilitó una *Oficina de Gestión de Prestaciones económicas y sociales del Síndrome Tóxico* que, aún hoy, a mediados de 2007, sigue funcionando en una céntrica calle de Madrid, y que se encargaba de la ejecución de las sentencias de la colza mediante la tramitación de los pagos de las indemnizaciones a los afectados a través de la Secretaría de la Sección 1ª Penal de la Audiencia Nacional, atendiendo todas las peticiones de los afectados según las concretas circunstancias concurrentes de cada uno de ellos, clasificándolos en función de las secuelas físico-psíquicas de la intoxicación y fijando el concreto importe de la indemnización.

Asimismo, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se creó también una unidad, adscrita a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, encargada de las prestaciones del síndrome tóxico, denominada “Unidad de gestión de prestaciones económicas y sociales del Síndrome Tóxico”.

Con todos estos datos y los medios aportados, parece que no puede afirmarse que la Administración General del Estado se haya desentendido del proceso y no pusiese a disposición de los órganos judiciales todos los medios materiales y personales que fueron precisos para una eficiente resolución del mismo, considerando su envergadura y complejidad.

Una vez que los afectados obtuvieron del Tribunal Supremo la sentencia estimatoria a sus pretensiones de considerar al Estado responsable civil subsidiario, se inició el proceso de ejecución de la misma, de modo que se empezaron a tramitar y abonar las indemnizaciones desde el mes de abril de 1999 hasta la actualidad, con cifras de auténtico vértigo (a junio de 2007): 18.540 solicitudes, 19.293 personas afectadas por el aceite desnaturalizado, 18.375 procedimientos concluidos con auto de firmeza y mandamiento de ejecución y 2.129.477.255,12 € pagados por el Tesoro Público. Con estas cifras se puede deducir que la inmensa mayoría de los más de 19.000 afectados ya han cobrado la indemnización, aunque queda un número aproximado de 300 personas aún a mediados de 2007 pendientes de cobrar su indemnización. Ante la complejidad

del caso, el Juzgado Central de Instrucción número 1, por Resoluciones de 13 de marzo de 1998 y 11 de mayo de 1998, dictó unas bases y unos criterios para tramitar y materializar las indemnizaciones por los afectados, de manera que el 19 de febrero de 1999 se inició la tramitación de la ejecutoria destinada al pago de las indemnizaciones, abonándose la primera el 2 de abril de 1999 a una de las afectadas. La mayoría de los afectados solicitaron en los años 1999, 2000 y 2001 la ejecución de la liquidación individualizada de la indemnización que les correspondía. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no dictó auto de firmeza de la liquidación, fijando la cantidad a percibir y el correspondiente mandamiento de ejecución que habilitaba a dirigirse al Tesoro Público a cobrar, hasta los años 2004 ó 2005, en su mayoría, lo que supuso retrasos de tres o cuatro años para muchos afectados. Por ello, muchos de los indemnizados comenzaron a reclamar ante el Ministerio de Justicia la responsabilidad patrimonial derivada del enorme retraso sufrido en el cobro de la indemnización, desde que cobró el primero de ellos en los trámites de ejecución de sentencia, en abril de 1999, hasta que cada uno percibió su cantidad económica, solicitando a la Administración el abono de los intereses legales desde una fecha a otra por el desvalor que sufre la indemnización por el retraso injustificado en el pago, solicitando aplicar el índice de precios al consumo al *quantum* indemnizatorio reconocido. En cualquier caso, hay que poner de manifiesto que los afectados por el síndrome tóxico no estuvieron desasistidos patrimonialmente por el Estado por cuanto todos ellos han estado percibiendo, hasta el momento de cobrar la indemnización fijada, unas ayudas económicas de unos 790,33 € mensuales por familia en función del número de afectados y sus ingresos económicos, con cargo al Sistema General de Prestaciones y de conformidad con el Real Decreto 2448/1981, de 19 de octubre, sobre protección a los afectados por el síndrome tóxico, y el Real Decreto 1276/1982, de 18 de junio, por el que se complementan las ayudas a los afectados por el síndrome tóxico. El importe de esa ayuda económica no es reintegrable, lo

que ha hecho que los afectados que han tardado más tiempo en percibir su indemnización viniesen percibiendo unas ayudas a fondo perdido que compensaban la demora sufrida.

De todas las solicitudes que se han presentado ante el Ministerio de Justicia, se puede realizar una clasificación en tres grandes bloques:

a) Un primer grupo, en torno a medio millar, tuvieron entrada en el registro general del Ministerio de Justicia desde el mes de julio de 2003 hasta julio de 2005, aproximadamente, consistentes en unas instancias redactadas en términos idénticos, con el mismo texto y formato, algunas suscritas por más de un titular y sin que se aportase documento acreditativo alguno que fundamentase la pretensión. Algunas de esas solicitudes no fueron contestadas por el Ministerio de Justicia, lo que dio lugar a unos pocos recursos contenciosos frente a la desestimación presunta por silencio administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. En éstos, la Sala desestima<sup>31</sup> los recursos basándose en que no todo retraso implica un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia porque han de tomarse en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, especialmente la complejidad del procedimiento y el número de afectados, y la propia conducta del perjudicado. La complejidad del procedimiento en el caso del síndrome tóxico se considera evidente por la Sala, al tratarse de una pieza separada para la ejecución de una sentencia penal destinada a establecer las indemnizaciones concretas que debían percibir cada afectado o sus herederos, al tener en cuenta el gran número de solicitantes y el hecho de que se admitiese en la sentencia penal la posibilidad de solicitar indemnizaciones a personas que no se personaron en la causa, lo que hizo que en ejecución de sentencia se presentasen nuevas reclamaciones que había que clasificar en atención a las lesiones o secuelas padecidas. La Sala también entendió que no se vulnera el principio de igualdad por el hecho de que no todos los perjudicados percibiesen la indemnización de forma simultánea, puesto que su gran nú-

mero, sus diferentes situaciones y la distinta tramitación justificaban esas diferencias en el cobro. Un proceso tan masivo y complejo justifica inicialmente un tiempo mayor de respuesta que el considerado normal o habitual para fijar el importe de una indemnización civil derivada de delito en proceso ordinario, y no basta con una reclamación genérica en la que se prescinde de las circunstancias concurrentes en cada caso.

b) Un segundo grupo mucho más numeroso, cifrado en más de 3.000 reclamaciones, fueron también presentadas ante el mismo Ministerio desde el año 2004 hasta la actualidad, en 2007, pero adolecen de haberse presentado fuera del plazo de un año previsto en el artículo 293.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para ejercer la acción reclamatoria por funcionamiento anormal, tomando como *dies a quo* la fecha en que se hizo entrega al procurador del reclamante el mandamiento de pago, no la del cobro efectivo, cómputo del plazo más favorable a los reclamantes y seguida por el Consejo de Estado en materia de extemporaneidad en algunos de sus dictámenes. Mediante la autorización y puesta en marcha de un plan extraordinario de refuerzo de personal en el Ministerio de Justicia, dada la insuficiencia de personal existente en su relación de puestos de trabajo, todos esos expedientes han sido inadmitidos a trámite por extemporáneos, de conformidad con el artículo 89.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por haberse presentado en el Ministerio de Justicia transcurrido el plazo de un año desde que cada afectado interesado cobró su indemnización.

En torno a un 50 % de los reclamantes, en desacuerdo con la resolución administrativa de inadmisión, recurrieron en vía jurisdiccional contenciosa, obteniendo sentencias desestimatorias en todos los casos planteados, al menos, en más de 150 sentencias notificadas al Ministerio de Justicia. Las sentencias que desestiman la pretensión se basan en los argumentos ya conocidos y explicados en la anterior letra

a) de este apartado, de modo que se atendió a que no existía un daño resarcible por cuanto en todo momento de las dilaciones reclamadas estuvieron asistidos por el Estado mediante un sistema de prestaciones de la Seguridad Social, puesto que se ha de tener en cuenta la complejidad del procedimiento, el número de afectados y la propia conducta de perjudicado. Además, y por lo que respecta al transcurso del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la LRJAP y PAC y en el artículo 4.2 del Real Decreto 429/1993, los Juzgados Centrales de lo Contencioso recuerdan que se trata de un plazo de caducidad que no está sujeto a interrupción y que, una vez transcurrido, provoca que el derecho se considere decaído y sin posibilidad alguna de rehabilitación. Sólo se ha admitido la prescripción de ese plazo hasta que finaliza el procedimiento penal que eventualmente pueda seguirse por los mismos hechos en base al carácter prejudicial de la jurisdicción penal. El plazo de un año, por tanto, empezaba a contar desde el Auto donde se fijaba para cada afectado la indemnización correspondiente, Auto que si no se recurrió devino firme y consentido y que goza de fuerza de cosa juzgada. Tampoco se puede aplicar en estos casos la previsión legal del artículo 142.5 de la LRJAP y PAC por cuanto las reclamaciones tienen un contenido puramente económico y no están pendientes de la curación o la determinación del alcance de las secuelas de daños físicos o psíquicos al no tratarse de enfermedades “evolutivas”.

c) Un último grupo, menos numeroso, de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, han sido presentadas desde el año 2004 hasta el momento actual y han sido tramitadas normalmente al contar con toda la documentación acreditativa, su valoración económica y las formalidades exigidas. En conjunto, en el año 2004 se presentaron 54 reclamaciones, en el año 2005 61, en el año 2006 168, y en el transcurso del año 2007 se han presentado 4 reclamaciones. Todas ellas, presentadas dentro del plazo legal y tramitadas con todas las garantías por el Ministerio de Justicia, han sido resueltas negativamente en sede administrativa

al considerar la complejidad del procedimiento y todos los demás argumentos ya expuestos en este estudio sobre las dilaciones indebidas y los concretos sobre el caso especial del síndrome tóxico sobre los que se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional y que se dan por reproducidos en este apartado. Disconformes con estas resoluciones del Ministro de Justicia, algunos afectados interpusieron recurso en vía contenciosa ante los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo, que en todos los casos dictó sentencia igualmente desestimatoria considerando lógico el retraso en el pago de las indemnizaciones dada la gran cantidad de afectados por el síndrome tóxico y ante la escasez de medios materiales con que contaba la Audiencia Nacional (aspecto éste discutible teniendo en cuenta la relación de medios detallada al comienzo de este apartado). Y los reclamantes que no estaban conformes con esa resolución en sede judicial interpusieron recurso de apelación ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Precisamente, esta Sala, en varias sentencias<sup>32</sup>, también vino a desestimar los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias de instancia al considerar que se trataba de reclamaciones genéricas de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia basadas en una fundamentación genérica y no individualizada, sin indicación de las circunstancias concurrentes de los expedientes de cada uno de los afectados, recordando la dificultad intrínseca de un proceso tan masivo y complejo que justifica un tiempo mayor de respuesta al que se pudiese considerar habitual o normal para fijar el importe de la indemnización, al margen de que para determinar un funcionamiento anormal sería preciso acreditar, para cada uno de los perjudicados individualmente considerados, que las circunstancias concurrentes para establecer su clasificación y percibir el importe de su indemnización no justificaba la dilación sufrida en el cobro de la misma.

Sin embargo, y esta es una importante novedad, algunas sentencias más recientes<sup>33</sup> de la misma Sala de la Audiencia Nacional han

perfilado ese argumento al considerar que las desestimaciones anteriores de las apelaciones interpuestas no permiten concluir, *a priori* y en cualquier caso, que en la ejecución de la sentencia del síndrome tóxico no se produjo funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Haciendo una interpretación favorable al interesado, la Sala llega incluso a realizar operaciones aritméticas de plazos temporales que se pueden considerar razonables para cada una de las fases del complejo proceso del síndrome tóxico, objetivando tiempos como no se había hecho hasta entonces, de manera que estima que el procedimiento podía justificar una pendencia de un año por cuanto la fase de ejecución de sentencia comprendía un número extraordinario de solicitudes que requerían una tarea previa de ordenación, clasificación y fijación de criterios para la resolución de las peticiones de los afectados. A ese plazo de un año la Sala le suma el plazo singular que se considera razonable en función de las vicisitudes de cada procedimiento de ejecución, por lo que cualquier otra dilación del procedimiento ya sí lo considera funcionamiento anormal de la Administración de Justicia responsabilizando a la Administración por no arbitrar los medios y mecanismos especiales necesarios para que se resolviera en un plazo razonable. Por tanto, y aunque sorpresivamente la Sala de lo C-A de la Audiencia Nacional llega a objetivar cierto plazo de dilación, a pesar de reconocer párrafos antes que el proceso ha sido sumamente complejo, se ve forzada a tener que subjetivar y analizar caso por caso las reclamaciones de los afectados que acuden a esa vía contenciosa para sentenciar si hubo o no dilación indebida. Y, tras hacerlo, en dos supuestos ha llegado a estimar el recurso dando la razón al afectado por las dilaciones indebidas sufridas en la tramitación de la solicitud desde que se presentó ésta hasta que el Juzgado proveyó y dictó la primera resolución, transcurriendo en un caso más de 4 años y en otro más de 4 años y 4 meses, debiendo la Administración indemnizar a los recurrentes con una cantidad equivalente al interés legal de la indemnización económica reconocida en su día durante el plazo de dilación correspondiente más el interés legal de la

cantidad resultante desde que se interpuso la reclamación administrativa ante el Ministerio de Justicia hasta su pago efectivo.

En todas las reclamaciones presentadas ante el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, órgano que debe emitir su informe preceptivo, pero no vinculante, en el caso de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, se ha pronunciado favorablemente a la solicitud de los interesados, considerando de forma reiterada que se ha producido un funcionamiento anormal en la tramitación de las respectivas piezas de liquidación que, aun cuando obedezca a causas estructurales, no convierte en lícito el daño que, en su caso, hubiere podido reportar a los solicitantes. No obstante, en este punto ha de aclararse que el CGPJ emite un informe que se ubica en el ámbito de las constataciones fácticas más que en el de las apreciaciones jurídicas, tal y como reconoce el órgano de gobierno de los jueces en acuerdos del Pleno de 16 de abril de 1986 y de 26 de febrero de 1992, al estimar que su informe debe excluir *“todo pronunciamiento acerca de la plena viabilidad de la reclamación formulada, de la concurrencia o no de la relación de causalidad entre la actuación que se censura y el perjuicio económico que se dice sufrido y, por último, de la procedencia o no de la cuantía indemnizatoria pretendida”*. De hecho, alguna resolución judicial<sup>34</sup> considera que las declaraciones del CGPJ no pueden considerarse antecedentes o precedentes administrativos como la manifestación de unos actos propios que revelen un criterio del que la Administración Pública no pueda separarse, que el informe del Consejo no tiene carácter vinculante para la Administración y que no puede efectuar pronunciamiento alguno sobre la temporaneidad o no de la reclamación que se formula, ni de la concurrencia o no de relación de causalidad ni de la eventual concurrencia en el caso de otras circunstancias distintas de aquellas sobre las que se pide su informe. El informe sólo puede limitarse a valorar los hechos acreditados en el expediente y determinar si constituyen o no un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

## 5. ERROR JUDICIAL

Este supuesto se centra en la actividad jurisdiccional propiamente dicha, por lo que sólo es achacable a los jueces y magistrados en el ejercicio de esa función y no al resto de personal al servicio de la Administración de Justicia. Así, y a pesar de que en varias ocasiones se ha planteado la duda de si los secretarios judiciales pueden dar lugar o cometer un error judicial, por cuanto son un personal cooperador de los jueces y magistrados y porque su Reglamento Orgánico (aprobado por Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre), les atribuye funciones como titulares de la fe pública judicial, como responsables de la actividad de documentación, como impulsores y ordenadores del proceso, como directores técnico-procesales de la oficina judicial y les atribuye funciones de colaboración y cooperación con otros órganos y Administraciones, sin embargo la mayoría de la doctrina autorizada entiende que no pueden originar un error judicial, y así lo ha entendido también la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>35</sup>. Por tanto, el error judicial sólo puede provenir de actos jurídicos de los jueces y magistrados en el ejercicio de su jurisdicción: sentencias, autos y providencias<sup>36</sup>, y es posible apreciar aquél en todas las fases del proceso, tanto en la fase declarativa, en la ejecutiva como en la adopción de medidas cautelares y, por supuesto, en todos los órdenes jurisdiccionales. Pero, puesto que en la actualidad no sólo dictan resoluciones de alcance jurisdiccional los jueces y magistrados pertenecientes a la carrera judicial, también cabe apreciar el error judicial de los que ejercen temporalmente esa función, como son los jueces sustitutos y los magistrados suplentes previstos en los artículos 200 y 216 bis LOPJ, así como los jueces de Paz. También se admite el error judicial por las resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas cuando ejerce funciones jurisdiccionales en el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en la que incurre quien tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. No cabe apreciarlo, sin embargo, respecto a órganos que reciben la denominación de “Tribunal” pero que son auténti-

cos órganos administrativos, como el Tribunal Económico-Administrativo Central, Regional o Local, y el Tribunal de Defensa de la Competencia, como ya se apuntó en su momento. Tampoco es posible admitir una reclamación de responsabilidad patrimonial por error judicial frente a una resolución del Tribunal Constitucional porque es único en su orden y es una jurisdicción no ordinaria, sino constitucional, por lo que frente a sus sentencias no cabe recurso alguno salvo el de aclaración previsto en el artículo 93.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, o el de súplica frente a providencias y autos, con efectos no suspensivos.

El error judicial no cabe apreciarlo tampoco en las decisiones que adopta el ministerio fiscal por cuanto se trata de un actor de la Justicia que no dicta resoluciones judiciales, sino que tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. (*ex* artículo 124 CE).

Puesto que ni la Constitución Española ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ofrecen un concepto de error judicial, sólo se puede construir una definición del mismo a través de los pronunciamientos jurisprudenciales y la hermenéutica jurídica. Así, numerosas sentencias del Tribunal Supremo consideran<sup>37</sup> que el error judicial procede de una decisión de los Tribunales de Justicia que incurre en una equivocación crasa, evidente, elemental y perceptible socialmente por el efecto de injusticia que producen, confundiendo los supuestos de hecho enjuiciados, aplicando con torpeza o negligencia una norma o ley manifiestamente contraria o decidiendo algo que no coincide con la "*ratio decidendi*" de la resolución. El alto Tribunal<sup>38</sup> también ha dicho que el error judicial debe proceder de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado o incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas

ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico, resultando de actuaciones realizadas abiertamente fuera de los cauces legales. Están fuera del error judicial aquellos casos en que el error cometido por el juzgador se debió a causas o circunstancias externas imprevisibles o inevitables como la fuerza mayor.

Por tanto, esta definición de error judicial hace del mismo un error muy cualificado, lo que supone que no pueda calificarse de error judicial la sentencia que se dicta con una interpretación novedosa del ordenamiento jurídico, pues el principio de independencia del Poder Judicial permite toda interpretación razonable dentro de los márgenes que otorga el Derecho aplicable al caso y la hermenéutica jurídica. Según el Tribunal Supremo<sup>39</sup>, tampoco puede reputarse error judicial el análisis de los hechos o sus pruebas o interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que sirva de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible; tampoco es error judicial la interpretación de las leyes que haga un Tribunal con criterio racional y lógico, dentro de las normas de la hermenéutica jurídica. En caso contrario, si se pudiese considerar error aquella sentencia que no se ajuste a la petición del particular porque no satisfaga su pretensión, se estaría abriendo la puerta a una nueva instancia judicial no prevista en las normas procesales<sup>40</sup>. Por tanto, el error judicial, según la jurisprudencia más consolidada, ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable e incontestable, de un modo objetivo y no sólo a ojos de los perjudicados o de las partes en el procedimiento administrativo o en el proceso judicial. No es error judicial el error material y el aritmético, que pueden ser rectificadas en cualquier momento (*ex* artículo 267 LOPJ).

Otros pronunciamientos jurisdiccionales<sup>41</sup> concluyen, igualmente, que no existe error judicial en el supuesto, por ejemplo, de que un Tribunal superior casase o anulase la sentencia de uno inferior. Y ello porque, en el mundo de

la Administración de Justicia, uno debe moverse con todas las consecuencias e inherencias que puedan ocurrir, como nulidad de actuaciones, recursos, sentencias contradictorias, sentencias o autos confirmados o revocados, y ello supone una carga que debe soportar el administrado en todo momento.

Por otra parte, la doctrina más autorizada viene a clasificar el error judicial en errores de forma o procesales (“*in procedendo*”) y errores de fondo o materiales (“*in iudicando*”), y dentro de éstos últimos, cabría incluso otra clasificación de los errores judiciales en *error iuris* (que consiste en interpretar y aplicar normas jurídicas equivocadamente) y *error facti* (que consiste en apreciar hechos distintos de la realidad que se deduce de las pruebas practicadas). Estas clasificaciones vienen, en definitiva, a poner de manifiesto que el error judicial puede proceder de un error derivado de la apreciación de los hechos y de la valoración de los medios de prueba, o de un error de Derecho derivado de la aplicación injusta del ordenamiento jurídico. En ambos casos, la jurisprudencia<sup>42</sup> y la doctrina más modernas han venido a aceptar que ambos tipos de errores son susceptibles de ocasionar un error judicial, si bien el error de Derecho suele y debe corregirse primeramente a través del sistema de recursos procesales que prevé el ordenamiento, mientras que el error de hecho es el que se corrige, propiamente, a través de un recurso de revisión, justamente el que exige el artículo 293 LOPJ para la reclamación de responsabilidad patrimonial por este motivo.

Lo más habitual es que el error judicial se manifieste en una sentencia firme dictada por un juez o un Tribunal, pero también sería posible que se derivase de un auto o, más raramente, de una providencia de ordenación material del proceso. En todo caso, se trata de un error derivado del funcionamiento normal de la Administración de Justicia, un error sin culpa o por caso fortuito, ya que por funcionamiento anormal ya se encuentra la causa anteriormente comentada en este estudio. Si el error se produjese con dolo o culpa del juez o magistrado en el ejercicio de su función de juzgar, lo que

incluye la negligencia profesional (que siempre es culpable), pero no la ignorancia (que no tiene por qué ser culpable, aunque la ignorancia sobre el Derecho sí lo es) habría que acudir a la responsabilidad civil o criminal de aquél en la vía correspondiente. Sobre ello se volverá más adelante, brevemente.

También es importante que el error judicial no tenga por causa la conducta dolosa o culpable del perjudicado, lo que supone, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>43</sup>, que haya existido buena fe procesal. Además, y esto se da por descontado, sólo se tiene derecho a indemnización si se cumplen los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial, es decir, que se haya sufrido un perjuicio real, evaluable económicamente, individualizado respecto de una persona o un grupo de personas, que no se tenga el deber jurídico de soportarlo y que se de el necesario nexo causal entre el perjuicio causado y el error judicial.

#### A) UN SUPUESTO PARTICULAR: DAÑOS COMETIDOS POR PENADOS EN LIBERTAD CONDICIONAL O EN PERMISO PENITENCIARIO

Un caso habitual por el que se reclama ante el Ministerio de Justicia por error judicial es el derivado de delitos o daños ocasionados por personas que han sido condenadas y a las que posteriormente se les ha concedido el tercer grado penitenciario o la libertad condicional. Hasta no hace mucho han existido posturas doctrinales contradictorias: unas consideraban que la adopción de esas medidas están dentro del pleno ejercicio de la potestad jurisdiccional cuya independencia debe respetarse, por lo que no se puede calificar como error judicial. Esta posición ha sido reiteradamente apoyada en los informes del Consejo General del Poder Judicial y en los dictámenes del Consejo de Estado, que consideran que el hecho de que un condenado en libertad condicional vuelva a delinquir no implica, por sí mismo, que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino que la



posibilidad de volver a delinquir es independiente del carácter, normal o anormal, de dicho funcionamiento. La postura doctrinal opuesta se basa en el excesivo rigor formalista de esa teoría, ya que nadie tiene la obligación de soportar individualmente la materialización del riesgo que comportan la libertad condicional o el disfrute de permisos penitenciarios, y ello al margen de la diligencia del órgano judicial, en la resolución, o de la Administración, en su propuesta primero y después en el seguimiento de lo acordado.

No obstante, cabría distinguir dos supuestos diferenciados: uno, que la resolución de libertad condicional sea tomada por el juez de Vigilancia Penitenciaria, en cumplimiento de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, lo que supone que esa decisión se adopta en el ejercicio de una potestad jurisdiccional en materia de ejecución de penas privativas de libertad y que la reclamación deba ser por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en concreto, por error judicial; dentro de ese mismo supuesto cabría que el delito cometido por un penado en libertad condicional no se base en una resolución judicial, sino en una actuación, previa, coetánea o posterior de la Administración pública penitenciaria (por ejemplo, por una actuación instructora errónea de la Administración, por error de la Administración penitenciaria en la ejecución de la resolución judicial del juez de Vigilancia, ...); razón por la que esta responsabilidad deberá tramitarse y resolverse como una responsabilidad patrimonial general de los artículos 139 y siguientes de la LRJAP y PAC.

El segundo supuesto es que el delito sea cometido por un penado que se encuentra en situación de tercer grado penitenciario, siempre que los hechos dañosos se hayan cometido fuera del establecimiento penitenciario, ya que, si ha sido dentro de los establecimientos de la Administración, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido<sup>44</sup> siempre que la responsabilidad de custodia de los reclusos y las facultades disciplinarias dentro de los centros penitenciarios corresponden a los órganos ad-

ministrativos de vigilancia penitenciaria, y esta responsabilidad también es la administrativa general de la LRJAP y PAC o, incluso, cabría plantearse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado al amparo del Código Penal cuando se enjuician penalmente los delitos que ocasionaron los daños. Pues bien, si los hechos delictivos se han cometido fuera de los recintos penitenciarios, y de conformidad con el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, la clasificación de los internos corresponde al director del establecimiento, teniendo en cuenta las circunstancias y los antecedentes de cada uno y las propuestas de los correspondientes equipos de tratamiento penitenciario. Por tanto, se trata de un supuesto en el que la responsabilidad de clasificar a un penado en el segundo o tercer grado penitenciario corresponde a un órgano de la Administración, sin que intervengan órganos jurisdiccionales en la materia, y las posibles reclamaciones deberían tramitarse por el procedimiento ordinario de responsabilidad de los artículos 139 y siguientes de la LRJAP y PAC ante la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior. No obstante, hay que dejar claro que no todo hecho dañoso cometido por un penado en tercer grado penitenciario da lugar a responsabilidad del Estado por cuanto la concesión del segundo o tercer grado se ha podido conceder en perfecto cumplimiento del Reglamento Penitenciario y con los informes favorables de todos los órganos que deben intervenir para adoptar esa resolución administrativa. Por otra parte, y en sentido contrario, cabría que la concesión del segundo o tercer grado se haya producido por un juez de Vigilancia Penitenciaria, ejerciendo una potestad jurisdiccional, al conocer de un recurso frente a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado, supuesto en el que, como se ha explicado ya, la responsabilidad se tramitaría por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

La jurisprudencia más reciente<sup>45</sup> —y esta es la posición doctrinal que recientemente ha adoptado el Ministerio de Justicia para estimar las reclamaciones por este motivo en sede ad-

ministrativa— ha venido a considerar que, sí existe responsabilidad objetiva del Estado en los supuestos de delitos cometidos por quienes están disfrutando de beneficios penitenciarios, y que objetivamente concurre el nexo de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público, basándose en que la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados por un hecho delictivo cometido por una persona en permiso penitenciario o en libertad condicional, por cuanto los riesgos que la sociedad objetivamente debe asumir en la concesión de permisos penitenciarios, porque así lo establece la Constitución Española y los compromisos internacionales asumidos por España, deben ser compartidos en virtud de un principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el presupuesto público. Con ello no se reprocha la existencia de fracasos en la concesión de los permisos, que tienen el carácter de inevitable en una política penitenciaria adecuada a los postulados constitucionales, ni se afirma que el fracaso de un permiso es producto por su mera existencia de una actuación profesional o funcionalmente inadecuada por parte de los encargados de administrar la política penitenciaria, sino que el riesgo que la sociedad conscientemente asume para intentar lograr la resocialización de los penados (o cuando menos, para evitar que su aislamiento social repercuta negativamente en su personalidad) debe ser soportado por el conjunto de los ciudadanos. Esta situación sólo se produce cuando es posible determinar que la comisión de los hechos dañosos tenía relación con la peligrosidad del penado anterior a la salida del establecimiento penitenciario que objetivamente pudo ser apreciada y no lo fue por las autoridades penitenciarias.

## **B) PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL SUPUESTO ESPECÍFICO DEL ERROR JUDICIAL**

De conformidad con el artículo 293 LOPJ, la reclamación de indemnización por error ju-

dicial debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente reconozca ese error. Esa decisión judicial puede resultar de una sentencia dictada en virtud de un recurso de revisión o, en su defecto, instando una acción judicial específica ante el Tribunal Supremo para el reconocimiento del error, que se tramitará por el procedimiento propio del recurso de revisión en materia civil<sup>46</sup>, siendo partes el ministerio fiscal y la Administración del Estado.

La declaración del error judicial —y en esto es muy estricta la jurisprudencia— no puede ser sustituida por ningún otro medio procesal, como por ejemplo el auto que declara la nulidad de actuaciones. De hecho, la jurisprudencia del TS<sup>47</sup> ha venido a pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre la importancia de otorgar sustantividad propia al procedimiento de declaración del error judicial, de modo que considera inviable que se acumule a cualquier otra acción. Es cierto, sin embargo, que esta declaración del error judicial por el Tribunal Supremo convierte al Poder Judicial en “juez y parte”, podríamos decir, de la valoración del hecho dañoso cometido; pero no parece que otra solución sea mucho mejor por cuanto que, si se residencia en la Administración Pública (por ejemplo, en el propio Ministerio de Justicia) la determinación de si existió o no error judicial, convierte a ésta en un instrumento impropio de la función que constitucionalmente tiene encomendada. El Consejo de Estado también refuerza la tesis de que el procedimiento de reconocimiento del error judicial tiene sustantividad propia y no puede sustituirse por ningún otro en su dictamen de 17 de abril de 1997: *“entiende el Consejo que la decisión judicial exigida en el artículo 293 no es un mero “requisito formal” sino un proceso judicial con objeto propio, que nunca puede ser sustituido o reemplazado; en otros términos, no se trata de una verdad ya averiguada que requiera una formalidad adjetiva, un revestimiento externo, sino que es el Tribunal Supremo el único órgano competente para determinar si se ha producido o no error judicial. Si se ventila la existencia o no de error judicial, a los efectos de reconocer el derecho de indemnización, sólo*

*el Tribunal Supremo está autorizado legalmente para decidirlo por alguno de los dos procedimientos que arbitra la LOPJ: el recurso de revisión y “en cualquier otro caso distinto” el especial de su artículo 293.*”, y ello a pesar de que el propio Consejo General del Poder Judicial en alguno de sus informes consideró que, cuando recae un procedimiento jurisdiccional explícito que declara la existencia del error no parece justificado imponer la carga de un nuevo proceso de declaración de la existencia del error judicial que ratifique las conclusiones previamente alcanzadas (se trataba de un caso en el que el Tribunal Constitucional había declarado nula una sentencia y dicha circunstancia se esgrimía por el solicitante como causa en la que amparaba la reclamación).

El procedimiento de declaración de error judicial es un proceso declarativo que no pone en duda ni cuestiona la sentencia que a la que se imputa el error ni altera lo resuelto en la sentencia, tampoco realiza una nueva valoración de las pruebas, no entra en consideraciones subjetivas, no suspende la ejecución de la sentencia (*ex* artículo 293.1 g) LOPJ) ni se trata de una tercera instancia judicial. Se puede decir que sirve para conseguir un título que habilita para solicitar una indemnización en vía administrativa ante el Ministerio de Justicia. Por tanto, sólo se puede estimar o desestimar el recurso. Esa es la diferencia con el recurso de revisión, ya que en éste se ataca la cosa juzgada y se rescinde la sentencia impugnada, mientras que en el procedimiento de error judicial no ocurre tal cosa, no se dicta una nueva sentencia ni se retrotraen los efectos al momento procesal en que se produjo el error.

Por tanto, es importante insistir en que la sentencia que se dicta y que proclama la existencia del error judicial no puede modificar ni sustituir la sentencia errónea, no ataca directamente la resolución judicial en que el error se produjo, sino que es un mero trámite para acudir más tarde a la Administración Pública (Ministerio de Justicia) solicitando la indemnización económica correspondiente. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo<sup>48</sup>, que ha dispuesto que la acción del artículo 293 LOPJ

no es una acción que convierta el proceso en que se ejercita en una especie de recurso de apelación o en una tercera instancia o en una casación impropia en la que pudiera dictarse una resolución de sentido contrario a la que se considera errónea. Ahora bien, lo que sí hace la sentencia que declara el error judicial es destruir la presunción de legalidad y legitimidad de la que goza toda resolución judicial una vez que ha ganado firmeza. El error judicial se reconoce del pronunciamiento judicial en su conjunto, por lo que no se distingue si se trata de un órgano unipersonal o colegiado y si, en éste último caso, han existido votos particulares discrepantes.

Tras contar con la sentencia que reconozca el error judicial, que se convierte así en una condición necesaria, imprescindible y habilitante para dar el siguiente paso, el ciudadano deberá iniciar otro procedimiento más, esta vez en sede administrativa, ante el Ministerio de Justicia, que se tramitará de conformidad con las normas que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado en general, es decir, de conformidad con el Real Decreto 429/1993.

Por lo que respecta a la legitimación activa, pueden promover el procedimiento por error judicial cualquier persona física o jurídica que se considere perjudicada por aquél, siempre que haya sido parte en el proceso. Ha existido desde hace tiempo una cierta polémica doctrinal sobre si pueden promover el error terceras personas a las que se les haya causado un perjuicio y que sean partes interesadas, con soluciones distintas según los autores, unos a favor y otros en contra. Y respeto a la legitimación pasiva, la ostenta el Estado, lógicamente, y no el órgano jurisdiccional al que se imputa el error judicial.

En cualquier caso, hay que destacar que, según el artículo 293 LOPJ, antes de ejercitar la acción judicial de reconocimiento del error, han de agotarse los recursos ordinarios y/o extraordinarios previstos en el ordenamiento jurídico contra la resolución judicial que se considera errónea, además de agotarse la fundamentación jurídica en los mismos, lo que manifiesta la voluntad del legislador de que los posibles

errores judiciales sean corregibles en vía de recurso antes de acudir a un procedimiento de revisión. En todo caso, se requiere haber agotado los recursos legales previos a la reclamación del error judicial, pero no se requiere que se hayan estimado esos recursos, como es lógico. Respecto a si también ha de interponerse previamente el recurso de amparo ante el TC, la jurisprudencia ofrece una respuesta negativa al ser aquel Tribunal un órgano constitucional, supremo intérprete de la Constitución, pero no un órgano judicial, y porque los recursos que han de agotarse previamente son los que establecen las leyes procesales, entre las cuales no se encuentra el recurso de amparo. La nota discordante la ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, que consideró que, dentro de los recursos legales que han de agotarse previamente a la reclamación por error judicial, se encuentra el recurso de amparo. En cualquier caso, también la doctrina más autorizada ha considerado que el derecho a la indemnización por los daños causados por error judicial e, incluso, por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, no es un derecho invocable en amparo ante el Tribunal Constitucional porque no es un derecho fundamental ni un derecho público subjetivo, sino que es un derecho legal, que es una cosa bien distinta, o sea, un derecho que se recoge en la Constitución Española, como otros muchos, y que no están en el Título I, siendo por tanto un mandato constitucional al legislador para que los desarrolle.

Si el ciudadano ha de instar la acción judicial para el reconocimiento del error, la LOPJ dispone un plazo máximo de 3 meses a partir del día en que pudo ejercitarse, normalmente a partir del día siguiente a aquél en que tuvo lugar la notificación de la resolución judicial. La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>49</sup> entiende que ese plazo es de caducidad, no susceptible de interrupción. El cómputo del plazo es de fecha a fecha, según el artículo 5.1 del Código Civil.

Desde el Ministerio de Justicia se han estudiado recientemente algunas posibilidades que simplifiquen el procedimiento al que ha de

acudir el ciudadano para que le reconozcan el error judicial como causa de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Ese procedimiento es especialmente complejo y largo cuando ha de seguirse el *iter* que dispone el artículo 293.1 LOPJ, ya que han de agotarse previamente todos los recursos previstos en el ordenamiento jurídico. En virtud de estas exigencias legales, un ciudadano tendría que llegar hasta el Tribunal Supremo en recurso de casación, posteriormente y en esta misma sede judicial interponer un recurso de revisión para el reconocimiento del error, luego presentar la reclamación por responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Justicia e, incluso si la reclamación es desestimada, podría encontrarse con la paradoja de que tendría o podría volver a interponer un recurso contencioso ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional (competente para conocer frente a actos y disposiciones de los Ministros y Secretarios de Estado) y, por fin, un nuevo recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Del absurdo de esta situación el Ministerio de Justicia se ha planteado, por ejemplo, que la resolución del Tribunal Supremo que reconozca el error se pronuncie a su vez sobre la cuantía de la indemnización económica, desburocratizando un procedimiento administrativo y simplificando las relaciones con los ciudadanos. No es la primera vez que se plantea este asunto y no sólo se ha planteado en el mencionado departamento ministerial, sino que algunos autores de la doctrina<sup>50</sup> lo han considerado razonable y necesario teniendo en cuenta la complejidad y retraso en el procedimiento a que se obliga al ciudadano. Otros autores van más lejos, y consideran que si la actividad de administrar Justicia se atribuye en exclusiva a jueces y magistrados de forma exclusiva, los resultados lesivos de esa actuación no deberían imputarse al Ministerio de Justicia sino al CGPJ, su órgano de gobierno, que atendería las reclamaciones correspondientes con cargo a su sección presupuestaria propia. Así se evitaría —según estos autores— que la Administración Pública (medio instrumental del Poder Ejecutivo) pueda valorar la actuación

de otro Poder del Estado como el Poder Judicial. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aclarado<sup>51</sup> que la sentencia que reconoce el error no puede fijar el monto de la indemnización, al tratarse de un procedimiento especial que debe seguir los cauces previstos en los artículos 292 y 293 de la LOPJ. Otra solución barajada y que tampoco es novedosa, es que el procedimiento posterior de reclamación, con la sentencia que reconozca el error, se tramite en el Consejo General del Poder Judicial en lugar de en el Ministerio de Justicia, en base a la independencia de los tres Poderes del Estado y a que reconocer una indemnización por un error judicial es parte de la actuación del Poder Judicial o se debe a ella, no debiendo residenciarse en el Poder Ejecutivo. Sin embargo, esta solución no parece que pudiese introducir eficiencia o agilidad en la tramitación, porque no obvia ningún trámite, sino que sustituye a un órgano por otro como responsable de la misma.

Las sentencias del Tribunal Supremo que reconocen el error judicial son, en todo caso, muy pocas, por aplicarse en sede jurisprudencial un concepto sumamente restrictivo basado en el escrupuloso respeto a la cosa juzgada, a que las equivocaciones de los Tribunales deben corregirse a través de los recursos procesales y que cuando aquéllos se equivocan las partes deben aquietarse y aceptar la situación establecida en aras de la seguridad jurídica y de la paz social.

## 6. PRISIÓN PREVENTIVA

Regulada en el artículo 294 LOPJ, se trata de un supuesto de error judicial que pueden reclamar al Estado los que han sufrido prisión preventiva y posteriormente han sido absueltos por inexistencia del hecho imputado o, por esta misma causa, se haya dictado un auto de sobreseimiento libre, siempre que se les hayan ocasionado perjuicios. En este caso no es preciso, como en el error judicial, que se dicte una sentencia previa que declare la prisión preventiva indebida, ya que esa función la hacen

la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento libre, lo cual hace que el procedimiento administrativo se simplifique mucho ante el Ministerio de Justicia. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en varios pronunciamientos<sup>52</sup>. Se trata, por tanto, del procedimiento más sencillo y directo de reconocer de los tres supuestos clásicos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Por otra parte, la prisión preventiva es un supuesto más de que el funcionamiento normal de la Administración de Justicia puede ocasionar daños o perjuicios indemnizables, ya que el juez o el Tribunal ha dictado la prisión en cumplimiento estricto de la normativa procesal y posteriormente se ha podido decidir la absolución.

No obstante, la prisión preventiva indebida puede no sólo proceder de la actuación puramente jurisdiccional de los jueces y Tribunales, sino que también puede deberse a la deficiente actuación de la oficina judicial, como cuando se confunden identidades o no se emite una notificación de puesta en libertad que era obligatorio emitir. En estos supuestos habrá que acudir a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o al instituto general de la responsabilidad patrimonial de la LRJAP y PAC, ya que la regulación de la LOPJ es exclusivamente aplicable a la actividad jurisdiccional.

El derecho a una indemnización por la privación indebida del derecho fundamental a la libertad está recogido también en la normativa internacional, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que dispone en el artículo 9 que:

*"Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá derecho efectivo a obtener reparación".*

Y el artículo 14 de ese mismo texto normativo dispone que:

*"Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido".*

El Tribunal Supremo<sup>53</sup> exige, en una interpretación teleológica del precepto anteriormente mencionado de la LOPJ que, para que se aprecie error judicial por prisión preventiva indebida y, por tanto, se genere el derecho a la correspondiente indemnización, o bien se demuestre la inexistencia del hecho imputado o inexistencia objetiva, o bien que se pruebe la falta de participación del inculpado, procesado o acusado en el hecho que se le atribuyó o inexistencia subjetiva (o sea, hecho delictivo existente con prueba de no haber participado en él). La inexistencia subjetiva incluye el supuesto de que haya hecho pero no se haya acreditado la participación en él (como ocurre en el caso de la coartada), los supuestos de acciones realizadas por los sujetos cuando no depende de su voluntad, como el caso de la fuerza irresistible, paralización por una gran impresión física o psíquica, sonambulismo, embriaguez o un estado de inconsciencia, por ejemplo, así como los casos en que la acción se realiza con una justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida o el cumplimiento de un deber. En cualquier caso, el Tribunal Supremo aplica un concepto muy restrictivo de inexistencia subjetiva y apenas reconoce el error judicial por prisión preventiva, puesto que se centra en quienes nunca participaron en los hechos, no en los que lo hicieron pero tienen una razón de peso para evitar la condena.

Existe un caso muy especial que el TS ha considerado<sup>54</sup> que puede entenderse recogido dentro del espíritu del artículo 294 LOPJ, y es el supuesto del “delito provocado”; es decir, aquel que lo comete una persona no por su libre voluntad, sino inducido o provocado por la actividad de otra, generalmente un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en su trabajo o intención de detener a los sospechosos de una actividad criminal. Pero no es suficiente, ni el alto Tribunal entiende encuadrable dentro del mencionado precepto, que se dicte una sentencia que absuelva al inculpado por falta de pruebas, supuesto que no da derecho a solicitar indemnización alguna por error judicial debido a prisión preventiva

indebida. Muy pocas sentencias absolutorias afirman que el hecho no ha existido, porque la absolución es posible si no se ha acreditado suficientemente su perpetración.

Por lo que se refiere a la retirada de la acusación por parte del ministerio fiscal, si bien la doctrina venía considerando que no se encontraba dentro de uno de los supuestos previstos en el artículo 294 LOPJ por cuanto muchas veces se decide aquella por la insuficiencia de las pruebas y no supone que la resolución judicial declare la inexistencia del hecho, sin embargo la jurisprudencia más moderna y ya consolidada viene observando lo contrario. Así, varias sentencias del Tribunal Supremo<sup>55</sup> entienden que la retirada de la acusación por parte del ministerio fiscal es equiparable a un supuesto de inexistencia subjetiva del hecho a efectos del artículo 294 LOPJ, ya que, si hubiese indicios racionales de participación del imputado, no se habría desistido de la acción, puesto que cuando el ministerio público retira en el acto del juicio oral la acusación contra una persona, ésta queda exenta de cualquier tipo de responsabilidad penal al no desvirtuarse el principio de presunción de inocencia. Puesto que el procedimiento penal se rige por el principio acusatorio, si no existe parte, pública o privada, que ejercite la acción penal, el procedimiento penal que se hubiese podido incoar pierde toda virtualidad y queda sin objeto. En estos supuestos, el auto de sobreseimiento provisional puede enmascarar un sobreseimiento libre y la jurisprudencia es favorable a considerar que procede la responsabilidad patrimonial.

La regulación procesal del sobreseimiento y de la sentencia absolutoria se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 (en adelante LECrim). Así, el artículo 637 LECrim dispone que procederá el sobreseimiento libre cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiese dado motivo a la formación de la causa, cuando el hecho no sea constitutivo de delito, o cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores. El artículo 641 dispone que procederá el sobreseimiento pro-

visional cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa o cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinadas o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores. Los efectos jurídicos de una y otra modalidad de sobreseimiento son distintos y muy importantes: mientras que el sobreseimiento libre produce efecto de cosa juzgada y es firme, sin que quepa la posibilidad de reabrir el asunto, el sobreseimiento provisional permite que el mismo órgano judicial que conoció del caso pueda reabrir el asunto si surgen nuevas pruebas de la comisión del delito o se puede determinar la persona responsable del mismo. Por otra parte, el artículo 960 LECrim dispone, respecto a la sentencia absolutoria, que:

*“Cuando por consecuencia de la sentencia firme anulada hubiese sufrido el condenado alguna pena corporal, si en la nueva sentencia se le impusiere alguna otra, se tendrá en cuenta para el cumplimiento de ésta todo el tiempo de la anteriormente sufrida y su importancia.*

*Cuando en virtud de recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste de repetir contra el Juez o Tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos.”*

Para el cálculo de la indemnización, el artículo 294 LOPJ dispone que la cuantía que se fije deberá tener en cuenta no sólo el tiempo de privación de libertad, sino también las consecuencias personales o familiares que se hayan producido. Y, al margen de que se trata de daños morales que, según la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo que se reseña en ese mismo estudio, tiene un alto componente subjetivo para su fijación, el alto Tribunal también estima<sup>56</sup> que deben ponderarse las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios, rehabilitación de la honorabilidad perdida, mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho así como la huella que hubiera podido dejar la prisión en

la personalidad o conducta del que la hubiese padecido. En otra sentencia<sup>57</sup>, el Tribunal Supremo considera que la prisión indebida puede causar a cualquiera ciertas reacciones de angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor, pero las consecuencias son diferentes para cada persona en función de su edad, salud, conducta cívica, hechos imputados y antecedentes penales o carcelarios. Con todos estos elementos de juicio, el alto Tribunal considera razonable la progresión en el cálculo que se realice de la indemnización económica. El Ministerio de Justicia viene, desde hace poco tiempo, indemnizando la prisión preventiva indebida, cuando se estima en sede administrativa, con una cuantía de 3.600 € al mes (o, lo que es lo mismo, 120 € por día de prisión, superando los tradicionales 60 € por día de prisión indebida con que se indemnizaba en los últimos 10 años, aproximadamente), de conformidad con una suerte de “baremo” que incluye los daños morales implícitos y que, para estos supuestos y similares, estableció la Audiencia Nacional en una sentencia de 6 de noviembre de 2006 de la Sala de lo contencioso-administrativo.

En el caso específico de que haya existido prisión provisional de duración superior a la pena impuesta en la sentencia, parece que no puede aplicarse este supuesto del artículo 294 LOPJ por cuanto no hay inexistencia objetiva ni subjetiva del hecho, por lo que la reclamación de responsabilidad patrimonial debería reconducirse por el particular a un caso de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o, en su caso, a un supuesto de error judicial.

## 7. BALANCE DE GESTIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

A continuación se presentan, en formato de tabla, los expedientes de responsabilidad patrimonial por todas las causas que tuvieron entrada en el Ministerio de Justicia y cuya tramitación se inició en cada uno de los años

desde 2003 hasta 2006, así como el número de expedientes resueltos y el porcentaje de los

mismos que fueron estimados y desestimados por el departamento:

Tabla 1

AÑO	EXPEDIENTES INICIADOS	EXPEDIENTES RESUELTOS				
		RESOLUCIONES ESTIMATORIAS	%	RESOLUCIONES DESESTIMATORIAS	%	TOTAL
2003	420	113	23,74	363	76,26	476
2004	510	70	13,83	436	86,17	506
2005	503	84	20,49	326	79,51	410
2006	620	83	16,80	411	83,20	494

El importe abonado por el Ministerio de Justicia y por la jurisdicción contencioso-administrativa en las indemnizaciones reconoci-

das a los reclamantes por todas las causas de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ha sido el siguiente, en el periodo 2003 a 2006:

Tabla 2

IMPORTE PAGADO EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL			
AÑO	IMPORTE PAGADO ESTIMACIONES EN VÍA ADMINISTRATIVA	IMPORTE PAGADO ESTIMACIONES EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	TOTAL
2003	653.723,26 €	665.598,63 €	1.319.321,89 €
2004	295.590,63 €	673.833,89 €	969.424,52 €
2005	451.145,11 €	759.442,35 €	1.210.587,46 €
2006	325.291,26 €	567.284,20 €	892.575,46 €

Por lo que se refiere a la clasificación de las causas de los expedientes de responsabilidad patrimonial que se han iniciado y tramitado en el Ministerio de Justicia desde el año 2003, se puede presentar la siguiente tabla, hacien-

do la salvedad de que hasta el 1 de enero de 2006 no se ha realizado una subclasificación de las causas por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, razón por la cual no constan así diferenciadas en los años 2003, 2004 y 2005:

Tabla 3

EXPEDIENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTIMADOS EN VÍA ADMINISTRATIVA CLASIFICADOS POR CAUSAS												
AÑO	EXP. ESTIMADOS VÍA ADMINISTR.	CAUSAS										
		FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA JUSTICIA								PRISIÓN PREVENTIVA	ERRORES JUDICIALES	
		DILACIONES INDEBIDAS	SUSPENS VISTA	EXTRAVÍO MEDIO PROBATORIO	EXTRAVÍO DEPÓSITO JUDICIAL	EMBARGOS	OTROS	PRISIÓN PREV. O DETENCIÓN INDEBIDA POR FUNC. ANORMAL				
2003	113	101								4	7	1
2004	70	58								3	7	2
2005	84	65								3	11	5
2006	83	40	7	4	7	5	8	5	6	1		

Cuando los reclamantes no han estado conformes con la indemnización concedida en sede administrativa por el Ministerio

de Justicia, han podido interponer recurso contencioso-administrativo ante esta jurisdicción, de manera que la clasificación de los



asuntos de responsabilidad patrimonial en los que se ha dictado esa sentencia estimatoria,

durante los años 2003 a 2006, arroja los datos siguientes:

Tabla 4

EXPEDIENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL RECURSOS ESTIMADOS EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA CLASIFICADOS POR CAUSAS					
AÑO	RECURSOS ESTIMADOS VÍA CONTENCIOSA-ADMINISTR.	CAUSAS			
		FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA JUSTICIA		PRISIÓN PREVENTIVA	ERRORES JUDICIALES
		VARIOS	PRISIÓN PREV. O DETENCIÓN INDEBIDA POR FUNC. ANORMAL		
2003	42	28	4	10	-
2004	23	17	2	4	-
2005	9	4	1	2	2
2006	7	6	1	-	-

Respecto al balance de gestión en la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal en el Ministerio de Justicia, hay que poner de manifiesto el importante impulso que se ha dado a la misma por cuanto se ha pasado en el plazo de dos años y medio, desde comienzos de 2005 a mediados de 2007, aproximadamente, de un tiempo medio de respuesta de 24 meses (en 2006 se resolvían los expedientes que tenían entrada en el departamento en el año 2004) a los 12 meses que se tarda actualmente en dictar la Resolución del expediente de responsabilidad patrimonial por el Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro de Justicia, de manera que a mediados de 2007 se están resolviendo las reclamaciones que tuvieron entrada en el departamento a mediados del año 2006. A esta importante reducción de la pendencia ha coadyuvado la mayor productividad del personal destinado en el departamento que, si bien no ha visto aumentada en efectivos la relación de puestos de trabajo, sin embargo ha reorganizado más eficientemente sus recursos humanos para reducir el tiempo medio de instrucción de los expedientes y, posteriormente, el de resolución de los mismos. El informe preceptivo<sup>58</sup> del Consejo General del Poder Judicial también se ha reducido de una media de 8 meses a 4 ó 5 meses, aproximadamente, mientras que el Consejo de Estado suele tardar en emitir su dictamen, cuando es preceptivo<sup>59</sup> unos 2 meses, de

media. Esto significa que el Ministerio de Justicia tarda una media de 6 meses en tramitar un expediente de responsabilidad patrimonial, mientras que otros 6 meses son imputables al informe del Consejo General del Poder Judicial y al dictamen del alto órgano consultivo del Gobierno, tras los últimos impulsos a la tramitación que se ha dado en ambos órganos.

También ha sido importante la introducción, por primera vez, de un trámite de admisión a modo del existente en la jurisdicción o la expresamente prevista en el artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, de manera que toda aquella reclamación que no cumpla con los requisitos mínimos exigidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, no es tramitada en sede administrativa y se dicta, en consecuencia, Resolución del Secretario de Estado de Justicia inadmitiendo a trámite la misma. Este trámite de admisión ha sido posible de conformidad con el artículo 89.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que autoriza a la Administración a resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento

jurídico o manifestamente carentes de fundamento. Son causas habituales de inadmisión a trámite por el Ministerio de Justicia: la extemporaneidad de la reclamación, no haber solicitado la previa declaración de error judicial que es presupuesto de aquélla cuando se reclama por la causa prevista en el artículo 293 LOPJ o la manifiesta carencia de fundamento porque en los casos de prisión preventiva indebida no quedan amparados los supuestos de absolución por insuficiencia de pruebas o por aplicación del principio *in dubio pro reo*, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

## 8. CONTRATACIÓN DE UN SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS

La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro da cobertura jurídica suficiente para que la Administración Pública pueda suscribir con una compañía de seguros un seguro de responsabilidad civil, por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos legalmente y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo de la Administración de la obligación de indemnizar a un ciudadano los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado o Administración.

Cuando la Administración Pública tiene suscrita una póliza de contrato de seguro que cubre su responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios causados en su actividad normal o anormal (dejando siempre excluida la franquicia que, en su caso, esté prevista en la póliza), es siempre parte codemandada la compañía de seguros. Sin embargo, este punto requiere alguna reflexión más detallada. Por una parte, hay que tener presente que la Ley 50/1980 dispone en su artículo 76 que el perjudicado o sus herederos tienen acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin

perjuicio del derecho del asegurado a repetir contra el asegurado en el supuesto en que el daño o perjuicio causado al tercero sea debido a conducta dolosa de éste.

Parece, por tanto, que en estos casos el ciudadano perjudicado se puede dirigir directamente contra la compañía de seguros, ya que la acción contra ésta es principal y no subsidiaria, si bien el gran conflicto se encuentra en el orden jurisdiccional competente para conocer de la demanda. Puesto que la LJCA anterior a 1998 no contemplaba expresamente a las compañías de seguro como partes del proceso contencioso, el Tribunal Supremo (Auto de 27 de diciembre de 2001, de la Sala Especial de Conflictos de competencias) vino a proclamar aplicable en estos supuestos la doctrina de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, prevista legalmente en el artículo 9.2 de la LOPJ, que dispone que:

*“Los Tribunales y Juzgados del Orden Civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.*

*En este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaria y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieron en campaña o navegación, limitándose a la practica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la autoridad judicial civil competente.”*

Así, por tanto, cuando se reclamaba por responsabilidad patrimonial frente a una Administración Pública que es tomadora de un contrato de seguro con una compañía aseguradora, el orden competente para conocer de esta demanda era el orden jurisdiccional civil. Con esta interpretación, el alto Tribunal intentaba evitar la situación que se produciría si el demandante tuviese que entablar dos acciones, una procesal civil frente a la compañía de seguros, y otra procesal contencioso-administrativa frente a la Administración Pública responsable del daño causado.

Sin embargo, las modificaciones legales realizadas en el año 2003 tanto en la LOPJ como en la LJCA hicieron que se despejase la duda sobre el orden jurisdiccional competente y la

posición en el proceso de la Administración y de las compañías de seguros. El artículo 9.4 de la LOPJ proclama que:

*"Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.*

*Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.*

*También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas."*

Asimismo, los artículos 2 e) y 21 de la LJCA disponen que:

*"Artículo 2. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:*

...

*e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.*

..."

*"Artículo 21.1. Se considera parte demandada:*

*a) Las Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso.*

*b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.*

*c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.*

*2. A efectos de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado anterior, cuando se trate de Organismos o Cor-*

*poraciones públicas sujetos a fiscalización de una Administración territorial, se entiende por Administración demandada:*

*a) El Organismo o Corporación autores del acto o disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización es aprobatorio.*

*b) La que ejerza la fiscalización, si mediante ella no se aprueba íntegramente el acto o disposición.*

*3. Si el demandante fundara sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida."*

Así, si un particular desea demandar a la Administración por responsabilidad patrimonial, sólo puede hacerlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque en este caso, la compañía de seguros se convierte en parte codemandada en un litisconsorcio pasivo que, sin embargo, no es necesario por cuanto la acción ya se ve satisfecha con el pronunciamiento sobre la responsabilidad de la Administración, sin que sea preciso pronunciarse sobre la responsabilidad solidaria en el pago con la compañía de seguros. El particular también puede demandar a la Administración junto a la compañía de seguros conjuntamente, proceso del que conocerá también la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, el particular puede entablar una acción directa y principal contra la compañía de seguros, en cuyo caso, el orden jurisdiccional competente sólo puede serlo el civil que conoce de litigios entre particulares. En esta vía no puede el particular llamar a la Administración por la exclusividad que tiene la jurisdicción contencioso-administrativa para el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de aquella por la actividad que desarrolle, cualquiera que sea su naturaleza o el tipo de relación de que derive, incluso cuando concorra con particulares en la producción del daño.

Debe quedar claro, sin embargo, que la propia Administración debe llamar siempre a la compañía de seguros como parte en el procedimiento administrativo y en el jurisdiccional que se siga exclusivamente contra la Administración por un supuesto de responsabilidad patrimonial para cuya cobertura se haya suscrito un contrato de seguro. En este caso, como se ha dicho, de acuerdo con el artículo 21 de la

LJCA, la compañía de seguros se convierte en parte codemandada. En el proceso judicial, la sentencia que se dicte se pronunciará sobre la responsabilidad de la Administración, así como la condena solidaria al pago de la indemnización junto con la compañía de seguros.

Conviene realizar aquí una reflexión sobre un aspecto que puede tener consecuencias litigiosas entre la Administración y las compañías privadas de seguro. La suscripción de un contrato de seguro por responsabilidad patrimonial por las Administraciones Públicas, si se extiende como pauta en todas ellas, podría dar lugar a un reconocimiento mucho más generoso por éstas de su responsabilidad en el procedimiento administrativo que se siga, derivado de la falsa sensación de no tener que imputarse a los presupuestos generales del Estado las indemnizaciones reconocidas por esta vía. Además de ser, efectivamente, una sensación errónea porque sin duda las compañías privadas de seguro elevarán el importe de sus pólizas en futuras revisiones del contrato si han de responder de grandes cuantías económicas indemnizatorias (aunque se siga un procedimiento de contratación público y por concurso de conformidad con la LCAP, el resultado podría ser que no haya ofertas si los pliegos imponen un importe máximo antieconómico de la póliza) y porque en este complejo mundo de la economía y el derecho no se puede actuar localmente sin pensar globalmente, por no hablar del precedente administrativo que se generaría si las resoluciones dictadas por el Ministro del ramo<sup>60</sup> empiezan a aplicar doctrinas generosas y favorables a la responsabilidad patrimonial, hay un efecto colateral nada despreciable que debe valorarse: se trata de la posibilidad que tendrían las compañías de seguro de interponer un recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución que reconozca la responsabilidad patrimonial por el daño causado a un ciudadano y que le indemniza con esplendidez, obligando a la empresa privada a asumir automáticamente el coste de la indemnización. En este caso, la compañía de seguros pasaría a ser parte actora en el proceso contencioso-administrativo, siendo demandada la Administración Pública competente.

El Ministerio de Justicia no cuenta, hasta el momento (julio de 2007), con ningún contrato de seguro suscrito con alguna compañía que cubra los daños por responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Si bien se está analizando su conveniencia, existen otros órganos de la Administración Pública que sí tienen suscrito un contrato similar. Es el caso del Ayuntamiento de Madrid, que en octubre de 2006 adjudicó un contrato que tenía por objeto tres pólizas de seguro: uno de responsabilidad civil y patrimonial que asegura al Ayuntamiento de Madrid, todas sus entidades y su personal por la prestación de servicios municipales y que hayan dado lugar a un siniestro y, en consecuencia, a una reclamación en vía administrativa o jurisdiccional de la que se deriven consecuencias económicas; otro de transporte terrestre de la custodia de plata procesional con ostensorio con motivo de su salida en la procesión del Corpus Christi (pieza que data de 1573 y valorada en más de 6 millones de euros); y una tercera póliza de seguro de daños y pérdidas materiales de los bienes inmuebles y muebles que integran el patrimonio del Ayuntamiento de Madrid. El presupuesto base de licitación ascendía a un máximo de 3.700.000 euros, con plazo de ejecución que se extendía desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2007, prorrogable de forma expresa por periodos anuales sucesivos.

## 9. ELEMENTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

### A) PROCEDIMIENTO

Puesto que la LOPJ no contempla normas procedimentales para la tramitación de las reclamaciones por funcionamiento anormal de

la Administración de Justicia, salvo las que se refieren a la declaración previa del error judicial en el artículo 293 de esa norma orgánica, hay que acudir al artículo 293.2 que dispone que la petición indemnizatoria del interesado se dirigirá directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado; normas que se prevén en los artículos 139 y siguientes de la LRJAP y PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. En base a estos dos textos normativos se resuelve la tramitación de los expedientes en el Ministerio de Justicia, en concreto la iniciación, la instrucción, el acuerdo indemnizatorio, la práctica de pruebas, el trámite de audiencia, los dictámenes y la terminación. En la LOPJ no se hace mención al informe preceptivo al Consejo General del Poder Judicial en las reclamaciones por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino que se contempla en la disposición adicional segunda del Real Decreto 429/1993. Por fin, el dictamen del Consejo de Estado, a través de su Comisión Permanente, se requiere en base a su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.

## B) RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LESIÓN ANTIJURÍDICA

Como ya se ha comentado anteriormente, esta idea supone que la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal o error judicial de la Administración de Justicia es independiente de toda idea de culpa, y que se trata de una responsabilidad objetiva o de resultado. Por tanto, la lesión ha de ser antijurídica, lo que significa, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>61</sup>, que la lesión sea objetivamente antijurídica, contraria a Derecho y que el particular no tenga el deber jurídico de soportarla. Si los particulares deben soportarla, lo debe proclamar así expresamente la Ley. El Tribunal Supremo ha considerado que un particular no tiene el deber jurídico de soportar

un perjuicio antijurídico cuando no haya causa legal alguna que lo justifique<sup>62</sup>. En general, para que el daño se convierta en lesión, debe tratarse de un daño antijurídico por cuanto el sujeto que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Al igual que la LRJAP y PAC prevé en su artículo 142.4 sobre la anulación en vía administrativa o jurisdiccional contencioso-administrativa de un acto administrativo o de una disposición administrativa de carácter general, que nunca presupone el derecho a la indemnización, el apartado 3 del artículo 292 de la LOPJ dispone que “*La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización.*”

En todo caso, el Tribunal Supremo ha considerado<sup>63</sup> que la responsabilidad objetiva no significa su generalización más allá del principio de causalidad, que para que exista aquélla es imprescindible un nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento; lo que significa que la prestación por la Administración de un servicio público y la titularidad por su parte de la infraestructura material para su prestación no implica que el sistema de responsabilidad patrimonial convierta a aquélla en una aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

## C) DAÑO EFECTIVO

El Tribunal Supremo<sup>64</sup> considera que el daño debe ser real, lo que no significa sólo que sea un daño pasado o presente, sino que también puede ser futuro, pero siempre que sea de “*producción indudable y necesaria, por la antici-*

*pada certeza de su acaecimiento en el tiempo”, lo que excluye los daños meramente posibles.*

## D) DAÑO EVALUABLE ECONÓMICAMENTE

El Tribunal Supremo también considera que el daño ha de ser evaluable económicamente, como ocurre, por ejemplo, cuando se limitan los derechos dominicales que con anterioridad tenían los ciudadanos.

En el caso de daños morales, más difíciles de cuantificar, el Tribunal Supremo<sup>65</sup> ha entendido que se pueden resarcir con una indemnización de cuantía moderada que restablezca la justicia material quebrantada por el defectuoso funcionamiento del servicio. El resarcimiento de los daños morales, por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de parámetros o módulos objetivos, lo que supone que deben valorarse en una cifra razonable, que “*siempre tendrá un cierto componente subjetivo*”<sup>66</sup>.

En la valoración del daño deben incluirse el daño emergente y el lucro cesante, de conformidad con el artículo 1.106 del Código Civil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>67</sup> ha llegado a considerar posible reparar los daños que ya han sido reparados previamente por una compañía de seguros privada.

## E) DAÑO INDIVIDUALIZADO CON RELACIÓN A UNA PERSONA O GRUPO DE PERSONAS

Esto deja fuera a los daños o cargas generales que impone la Administración al perseguir un interés general y público. El daño, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe residenciarse directamente en el patrimonio del reclamante y no pueden considerarse cargas comunes propias de la vida en colectividad o de la vida social. Puesto que en los artículos 292 y siguientes LOPJ no se mencionan expresamente los sujetos con derecho a indemnización, y sólo se menciona a los perjudicados (artículos 292.1 y 295) y al interesado (artículo 293.2), parece posible que los entes

públicos que sean parte procesal o afectados en el proceso puedan exigir una reclamación económica frente al Estado por alguno de los motivos reseñados.

## F) NEXO CAUSAL

La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>68</sup> estima que la relación de causa a efecto debe ser directa, inmediata y exclusiva, pero también ha admitido que el resultado dañoso se haya debido de forma mediata, indirecta y concurrente siempre que se pueda deducir el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño o perjuicio.

Puede quebrar ese nexo causal la fuerza mayor, la intencionalidad de la víctima en la acción dañosa o su grave negligencia, es decir, cuando la conducta del perjudicado o de un tercero ha sido determinante para producir el daño, aunque el funcionamiento de la Administración haya sido deficiente. Con ello se pretende evitar una responsabilidad universal de la Administración Pública en todos los daños que se eventualmente se producen en los ciudadanos y que podría eclipsar la necesaria responsabilidad individual que tenemos todos en el mundo complejo en el que vivimos.

## G) INDEMNIZACIÓN

La regulación de la indemnización está prevista en el artículo 140 de la LRJAP y PAC y en el artículo 2 del RD 429/1993:

*“Art. 140. Responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas.*

*1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones Públicas.*

*2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.”*

"Artículo 2. Objeto.

1. Mediante los procedimientos previstos en este Reglamento las Administraciones Públicas reconocerán el derecho a indemnización de los particulares en los términos previstos en el Capítulo I del Título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por las lesiones que aquéllos sufran en cualquiera de sus bienes y derechos siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

También serán de aplicación los procedimientos previstos en este Reglamento para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial en que incurran las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado.

2. La resolución del procedimiento o, en su caso el acuerdo de terminación convencional fijará la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el artículo 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La compensación en especie sustituirá a la indemnización procedente cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, formalizándose en todo caso, mediante acuerdo entre la Administración Pública y el interesado.

3. Las resoluciones y los acuerdos de terminación convencional que recaigan en los procedimientos regulados en este Reglamento ponen fin a la vía administrativa."

La indemnización, según jurisprudencia ya consolidada del Tribunal Supremo<sup>69</sup>, debe perseguir la reparación íntegra y dejar indemne a la víctima del daño injusto, comprendiendo no sólo el importe del daño emergente, sino también el del lucro cesante o beneficios dejados de percibir como consecuencia del hecho dañoso. Esa misma jurisprudencia<sup>70</sup> ha estimado que la determinación del *quantum* indemnizatorio es un juicio de valor reservado a los Tribunales de instancia y ha de ser respetado en casación a menos que se demuestre el error, su irracionalidad o la infracción de las normas que regulen la valoración de los medios probatorios.

Respecto a los criterios que deben utilizarse para calcular la indemnización, el tiempo ha venido demostrando que no sólo se pueden utilizar criterios fiscales puesto que los valores

de mercado han dejado muy atrás los valores que la Administración Tributaria emplea en su ámbito. Se suelen utilizar las famosas tablas de indemnizaciones básicas por muerte y por lesiones permanentes y sus factores de corrección, así como por incapacidad temporal, previstas en la Resolución de 7 de enero de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2007 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, de conformidad con la obligación de actualización de las cuantías que establece el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, si bien la jurisprudencia<sup>71</sup> ha señalado que no son vinculantes en ningún modo para los Tribunales y tienen un valor meramente orientativo.

Para indemnizar los daños morales, ya se ha comentado que el Tribunal Supremo entiende que tiene un componente subjetivo inevitable y que su determinación económica está reservada también al arbitrio del Tribunal de instancia sin que sea revisable en casación siempre que ese Tribunal haya respetado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación.

Por lo que se refiere a los posibles intereses devengados, el alto Tribunal también se ha pronunciado sobre ello<sup>72</sup>, de manera que la reparación integral de los perjuicios sufridos requiere actualizar la deuda, para lo que apuesta por utilizar el criterio del devengo de los intereses legales de ésta desde que se reclamó a la Administración en la vía previa hasta su pago completo, aplicando una de estas dos fórmulas: o bien el tipo de interés de demora fijado cada año en las leyes de presupuestos generales del Estado, o bien el coeficiente actualizador basado en la aplicación del índice de precios al consumo (IPC).

Una situación habitual que se ha venido detectando en el Ministerio de Justicia es que si el particular reclama a la jurisdicción contencioso-administrativa, el *quantum* indemnizatorio suele ser más generoso en la sentencia estimatoria dictada por los Tribunales de Justicia que el reconocido en vía administrativa. A este respecto, el Tribunal Supremo<sup>73</sup> ha avalado la posibilidad que tienen los Tribunales de ir más allá de lo pedido en vía administrativa sin que pueda achacarse a la sentencia un vicio de incongruencia, por exceso, respecto al *petitum* del particular reclamante en vía administrativa. Esto no supone —a juicio del alto Tribunal— una vulneración del principio de jurisdicción revisora que tiene la contencioso-administrativa. Además, se reconoce la posibilidad que tiene el particular de solicitar una cantidad mayor no ya a la concedida —si lo fue— por la Administración, sino a la solicitada por él mismo en la reclamación administrativa, debido a que entiende el Tribunal Supremo que la cuantía no tiene por qué determinarse numéricamente al inicio del procedimiento ni siquiera en el momento de dictarse sentencia, ya que puede diferirse al momento de la ejecución del fallo. Inspirándose en la figura de la retasación prevista en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, el Tribunal Supremo reconoce que pueden darse circunstancias que hagan que se solicite una cantidad superior posteriormente en sede judicial, como por ejemplo que ha transcurrido un tiempo superior desde que se produjo el hecho determinante, la calificación más precisa del estado del lesionado que conducían a una situación más pesimista sobre su recuperación, ...

Respecto al lucro cesante, el Tribunal Supremo ha entendido<sup>74</sup> que se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, de manera que se precisa una prueba rigurosa de lo que se deja de obtener. También se intenta evitar que se pueda producir, alegando y reconociendo el lucro cesante, un enriquecimiento injusto.

## H) PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El plazo general para reclamar es de un año a contar desde que se produjo el hecho o el acto que motivó la indemnización o desde que se manifestó su efecto lesivo. Así lo dispone el artículo 142.5 de la LRJAP y PAC: “*En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.*”

Ese mismo plazo y previsión legal está recogida, también, en el RD 429/1993: el artículo 4.2 dispone que “*En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse el efecto lesivo*”. El plazo es, en todo caso, de prescripción, por lo que transcurrido el mismo no se podrá ejercitar nueva acción de reclamación de responsabilidad. No obstante, el citado plazo podrá interrumpirse por la iniciación de un proceso penal e incluso de una acción civil dirigida a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>75</sup>. Cuando se ha dictado sentencia y ésta gana firmeza, el plazo de prescripción que se interrumpió volverá a correr de nuevo. En todo caso, para que se pueda hablar de interrupción de la prescripción, los actos interruptivos deben producirse antes de que se complete el *tempus praescriptionis* establecido legalmente, limitándose los actos interruptivos a aquellos que suponen el ejercicio de una acción ante los Tribunales, a una reclamación extrajudicial del derecho o al reconocimiento de la deuda por el deudor, de conformidad con el artículo 1.973 del Código Civil.

Si los daños persisten en el tiempo y son continuados, el plazo de un año empieza a contarse desde que cesa el daño, se estabilizan



los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante y la determinación del daño es posible, tal y como ha venido reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias<sup>76</sup>.

Por tanto, el *dies a quo* se inicia en el momento en que se puede ejercitar la acción, es decir, cuando concurren todos los requisitos que la hacen viable. El Tribunal Supremo considera<sup>77</sup> que se ejercita desde el momento en que es posible conocer el alcance de los perjuicios producidos en sus dimensiones fácticas y jurídicas, doctrina que se basa en el principio de *actio nata* (nacimiento de la acción) según el cual el plazo de prescripción de la acción comienza en el momento en que ésta puede ejercitarse, y esta coyuntura sólo se perfecciona cuando concurren los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

## 10. RECURSOS JURISDICCIONALES POSTERIORES

Ya se ha mencionado el contenido del artículo 9.4 LOPJ:

*"Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.*

*Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.*

*También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas."*

Pues bien, contra la Resolución que resuelve el procedimiento de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se puede interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo, del que conocerá, puesto que resuelve el Ministro de Justicia (o, como ocurre habitualmente en las últimas legislaturas, el Secretario de Estado de Justicia por delegación del Ministro), es competente en única instancia la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (*ex* artículo 66 LOPJ y 11.1 a) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

## 11. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL FRENTE A JUECES Y MAGISTRADOS

Nuestro ordenamiento permite que los particulares perjudicados puedan exigir directamente ante los Juzgados y Tribunales del orden civil la responsabilidad civil a los jueces y magistrados por los daños y perjuicios que les hayan causado en el ejercicio de sus funciones. Así lo prevén los artículos 16 y 411 y siguientes de la LOPJ, que permiten esa acción de los particulares siempre que los jueces hayan incurrido en dolo o culpa, sin distinguir entre su gravedad o no. El artículo 411 dispone que *"Los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa"*, y el artículo 412 LOPJ proclama que *"La responsabilidad civil podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes, en el juicio que corresponda"*.

También es posible el ejercicio de una acción penal cuando el juez haya cometido un hecho constitutivo de delito o falta, de confor-

midad con el artículo 116.1 del Código Penal (“*Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios*”). Se trata de delitos contra la Administración Pública y delitos contra la Administración de Justicia. Si de ese hecho se derivan también daños y perjuicios, es posible vincular la acción civil a la responsabilidad penal que se exija. La responsabilidad penal de los jueces y magistrados está prevista en los artículos 405 y siguientes de la LOPJ, que dispone que “*La responsabilidad penal de los jueces y magistrados por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo se exigirá conforme a lo dispuesto en esta Ley*”.

En cualquier caso, el instituto de la responsabilidad civil apenas se ha utilizado frente a los miembros de la carrera judicial y, en los casos en que se ha hecho, la interpretación de los Tribunales ha sido muy restrictiva, ya que la prueba de la misma es notablemente compleja y se requiere previamente que la resolución que ponga fin al proceso en el que se ha podido ocasionar el daño sea firme. Además, el ciudadano perjudicado ya tiene a su disposición la acción de responsabilidad frente al Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, lo que siempre le resultará más sencillo, objetivo y seguro para su total indemnidad. Por otra parte, el principio de unidad jurisdiccional que establece la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al residenciarse en este orden todas las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes civil o social, ha impedido, en la práctica, que se pueda admitir a trámite en otro orden que no sea el contencioso cualquier reclamación por daños, salvo la acción penal, que siempre está a salvo en su correspondiente orden jurisdiccional, como es lógico.

De acuerdo con el artículo 412 LOPJ, la acción puede instarla el particular perjudica-

do, pero también sería posible que la instase el propio Estado ejercitando la acción de repetición que le permite el artículo 296 LOPJ, lo que se analizará en el siguiente apartado. La diferencia entre una acción y otra no sólo estriba en el sujeto que se convierte en actor, sino en que la acción que se ampara en el artículo 411 exige la concurrencia de dolo o culpa, mientras que para el ejercicio de la acción de repetición se exige dolo o culpa grave. En todo caso, la culpa a que se refiere el artículo 411 se entiende hecha a la culpa grave y leve.

## 12. ACCIÓN DE REPETICIÓN

El régimen de las acciones de repetición frente al funcionario público que ha causado el daño está previsto, con carácter general, en el artículo 145 de la LRJAP y PAC:

*“2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.*

*Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.”*

Así, y puesto que los particulares pueden y deben dirigirse directamente contra la Administración competente por los daños y perjuicios ocasionados por sus autoridades o personal al servicio, aquélla puede y debe (a tenor de la LRJAP y PAC) repetir contra éstos una vez que haya hecho efectiva la indemnización a los reclamantes, iniciando a partir de ese momento un procedimiento administrativo. Así lo contempla también, con carácter general, el artículo 19 del RD 429/1993:

*“Artículo 19. Responsabilidad por daños y perjuicios causados a los particulares.*

*Los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y el personal a su servicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 145 de la Ley de Régimen Jurídico*

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

*Satisfecha la indemnización, la Administración correspondiente podrá exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento regulado en el artículo 21 de este Reglamento."*

En todo caso, el funcionario sólo responderá y, por tanto, sólo se podrá iniciar el procedimiento de repetición, siempre que hayan actuado con dolo, culpa o negligencia grave, y siempre que lo hayan hecho en el ejercicio de sus funciones de servicio o autoridad públicos. Si concurren estas circunstancias, la Administración está obligada a repetir contra el funcionario; ya no es una acción potestativa como lo era antes de la modificación introducida en la LRJAP y PAC por la Ley 4/1999.

En la práctica, parece que resulta imprescindible, para que la acción de repetición tenga éxito, que el funcionario haya intervenido como parte en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial instruido y resuelto por la Administración Pública competente, ya que es interesado (goza de interés legítimo, según el artículo 19 LJCA) y su no intervención podría dar lugar a la nulidad de la sentencia que se pudiese dictar en un proceso judicial contencioso-administrativo sobre este punto. En el procedimiento administrativo, el funcionario pretendería que no se reconociese la responsabilidad patrimonial o que se hiciese en la menor cuantía posible, como es natural. Sin embargo, si el funcionario no es llamado al procedimiento administrativo, podría posteriormente oponerse a la cuantía de la indemnización reconocida y satisfecha al ciudadano si la considera excesiva.

En consecuencia, las acciones de repetición del Estado frente a jueces y magistrados y frente al resto de personal de la Administración de Justicia tienen dos vías distintas de exigencia: la de los jueces y magistrados se exige en desarrollo del artículo 296 LOPJ, mientras que la del resto del personal está sujeta al régimen general del artículo 145 LRJAP y PAC.

En el caso de las acciones de repetición frente a los jueces y magistrados, la regulación se contiene en el artículo 296 LOPJ, de modo que la legitimación activa corresponde al Estado, una vez que haya respondido por los daños producidos por dolo o culpa grave de aquéllos, y la legitimación pasiva le corresponde al propio juez o al conjunto de magistrados que componen una sala de un órgano colegiado y que hayan adoptado la decisión que da lugar a un resarcimiento, siempre que no hayan presentado un voto particular discrepante. Así, el artículo 296 de ese cuerpo legal dispone que:

*"El Estado responderá también a los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el tribunal competente. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal."*

El análisis de ese precepto lleva a observar que, al igual que en el caso de la responsabilidad de los funcionarios de la Administración General del Estado, se precisa que concurra dolo o culpa graves en el comportamiento dañoso, aunque se omite la referencia a la negligencia como se hace en el artículo 145 de la LRJAP y PAC. La acción de regreso, según el mencionado artículo 296 LOPJ, se ejercita a través de un proceso judicial declarativo ante el Tribunal de Justicia competente (de acuerdo con las atribuciones y normas de competencia que establece el Título IV de la LOPJ). Esta regulación hace que sólo pueda dirigirse la acción de repetición contra jueces y magistrados y no contra el resto de personal al servicio de la Administración de Justicia. El plazo para el ejercicio de la acción, aplicando el plazo de prescripción general previsto en el Código Civil para las acciones de responsabilidad extracontractual, sería el de un año. Esa forma de ejercitar la acción de regreso contra un juez o magistrado también arroja una diferencia importante respecto a la acción de repetición general en la Administración, ya que en esta última basta con tramitar un procedimiento administrativo, mientras que en la primera es preciso una acción judicial, ante el Tribunal competente. En cualquier caso, el Ministerio de Justicia, hasta

el momento, no ha ejercitado la acción de repetición en ningún supuesto, salvo en uno del año 1995 frente a un magistrado en cuya actuación se apreció por el propio Consejo General del Poder Judicial dolo o culpa grave. Sin embargo, sí han existido, aunque también en contadas ocasiones, algunas acciones de reclamación de responsabilidad civil por parte de particulares afectados por actuaciones o resoluciones de jueces o magistrados, en ejercicio del artículo 411 LOPJ, con estimaciones en

vía jurisdiccional (recuérdese el caso de Lluís Pascual Estevill, condenado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a 9 años y 4 meses de prisión por delitos de cohecho, prevaricación y detención ilegal cometidos cuando ejerció como magistrado de instrucción en Terrassa y Barcelona, a lo que se sumó una multa de 1,8 millones de euros y a abonar a los empresarios perjudicados a los que extorsionó una indemnización de 663.005 euros).

## NOTAS

1. STC 40/1988, de 10 de marzo, y STC 85/1990, de 5 de mayo.
2. STC 56/1990, de 29 de marzo
3. Según 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 (artículo 57), son Entidades Gestoras: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el Instituto Social de la Marina (ISM), el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), y el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). Según el artículo 62 de ese mismo cuerpo legal, son Servicios Comunes: la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), mientras que la Gerencia de Informática de la Seguridad Social lo fue hasta el mes de abril de 2002.
4. STS de 25 de febrero de 1983
5. Dictamen del Consejo de Estado de 12 de abril de 1984
6. Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de conformidad con el artículo 7 del Tratado de Niza, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001.
7. STS, Sala 3ª, de 19 de febrero de 2002
8. STS de 21 de diciembre de 1999
9. STS de 12 de marzo de 1984
10. STS de 18 de abril de 2006
11. Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950
12. En el año 2003 el Ministerio abonó por salarios de tramitación 3.025.966 €, en 2004 5.456.034 €, en 2005 8.003.061 €, y en 2006 7.930.102 €.
13. STC de 3 de octubre de 1995
14. STC de 14 de marzo de 1984 y STS de 18 de abril de 2006
15. STC 5/1985, de 23 de enero
16. Fuente: "La justicia dato a dato. Año 2006". Estadística Judicial, CGPJ.

17. STC 223/1988, de 24 de noviembre
18. STC 36/1984, de 14 de marzo
19. STC 50/1989, de 21 de febrero
20. STC de 5 de mayo de 1990
21. STC 58/1999, de 12 de abril
22. STC 35/1994, de 31 de enero
23. STC de 11 de diciembre de 2000
24. STC de 10 de marzo de 1988 y de 8 de mayo de 1989
25. STC de 2 de junio de 1997 y de 31 de marzo de 1998, entre otras.
26. STC 35/1994, de 31 de enero, y STC 10/1997, de 14 de enero
27. STC de 10 de marzo de 2000
28. STC 36/1984, de 14 de marzo, 35/1994, de 31 de enero, y 53/1997, de 17 de marzo.
29. STC 37/1987, de 26 de marzo, 85/1990, de 5 de mayo, y 139/1990, de 17 de septiembre.
30. STC 109/1997, de 2 de junio
31. SAN, Sección 3ª de la Sala de lo C-A, de 11 de enero de 2006
32. SS AN de 13 de diciembre de 2005, de 11 de enero de 2006 y de 19 de mayo de 2006
33. SS AN de 27 de junio de 2007 y 3 de julio de 2007
34. S. Juzgado Central de lo C-A número 8, de 2 de enero de 2007
35. STS de 9 de julio de 1990
36. STS de 1 de febrero de 1988
37. STS de 20 de octubre de 1990 y 3 de marzo de 1993
38. STS de 9 de noviembre de 2002 y 7 de febrero de 2004, entre otras.
39. STS de 7 de abril de 2000 y de 17 de abril de 2002
40. STS de 19 de abril de 2005
41. Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo número 1, de 21 de junio de 2007
42. STS, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2002
43. STS de 10 de octubre de 1989
44. STS de 14 de enero de 1994
45. STS de 7 de octubre de 1997, 16 de diciembre de 1997 y 4 de junio de 2002

46. Artículos 509 a 516 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre la revisión de sentencias firmes.
47. STS, Sala 1ª, de 26 de marzo de 2002
48. STS de 9 de febrero de 2004
49. STS de 30 de octubre de 1991
50. Por ejemplo, Montero Aroca.
51. STS, Sala 1ª, de 26 de marzo de 2002
52. STS de 4 de diciembre de 1990 y 20 de enero de 2003
53. STS de 27 de enero de 1989, 26 de marzo de 1999, 28 de febrero de 2001, 1 de octubre de 2002 y 25 de mayo de 2006, entre otras.
54. STS de 13 de junio de 2003
55. STS de 26 de enero de 2005 y de 6 de octubre de 2006
56. STS de 20 de enero de 2003 y 21 de marzo de 2006
57. STS de 20 de febrero de 1999
58. Disposición adicional 2ª del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. El plazo en que debiera emitirse este informe es de 2 meses. No se solicita informe del CGPJ cuando la causa es de prisión preventiva, sino que sólo informa cuando la causa es funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.
59. Artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. El plazo en que debiera emitirse este dictamen es de 2 meses, como máximo, de conformidad con el artículo 12 del Real Decreto 429/1993.
60. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resuelven por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local (ex artículo 142.2 LRJAP y PAC).
61. STS de 7 de noviembre de 1994, 25 de enero de 1997 y 19 de noviembre de 1992, entre otras.
62. STS de 8 de febrero de 1991
63. STS de 5 de junio de 1998
64. STS de 2 de enero de 1990
65. STS de 23 de septiembre de 1992
66. STS de 4 de abril de 1989, 2 de diciembre de 1995, 5 de junio de 1997 y 20 de enero de 1998, entre otras.
67. STS de 8 de diciembre de 1982
68. STS de 26 de abril de 1997 y 16 de diciembre de 1997
69. STS de 4 de noviembre de 1991, 22 de mayo de 1993, 27 de diciembre de 1999 y 5 de julio de 2006, entre otras.
70. STS de 25 de septiembre de 2001
71. STS de 19 de junio de 1998

72. STS de 29 de enero de 1994, 12 de noviembre de 1996 y 14 de febrero de 1998
73. STS de 2 de febrero de 1980
74. STS de 12 de mayo de 1997
75. Así lo reconoce la STS de 26 de mayo de 1998
76. STS de 23 de enero de 1998 y 3 de noviembre de 1998
77. STS de 3 de mayo de 2000





# VARIA

¿Es la autodeterminación todavía actual?

*Winfried Hassemer*



# ¿ES LA AUTODETERMINACIÓN TODAVÍA ACTUAL?\*

Prof. Dr. Dr.h.c. mult. **Winfried Hassemer**

Catedrático de Derecho Penal y Sociología y Teoría del Derecho  
Universidad de Frankfurt am Main  
Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán

Sumario: 1. El objeto. 2. El cantar de los cantares. A) Autodeterminación y orientación negativa. B) La encubierta determinación conjunta. a) Persona. b) Conciencia. c) Autovinculación. d) Libertad. e) Constitución. C) Resumen. D) El contrato social. a) Orden. b) Responsabilidad. c) El jardín. 3. La realidad real. A) Los vientos. B) Los límites. a) Autolimitación. b) Socialización. c) Coacción. d) Ayuda. e) Tutela. C) El Rubicón. 4. Soluciones. A) Complejidad y globalización. B) Subsidiariedad y formación. 5. Resumen

## 1. EL OBJETO

“Autodeterminación” es una hermosa palabra. La palabra alemana “Selbstbestimmung” refleja fielmente la originaria palabra madre europea “Autonomía”, lo mismo que, por ejemplo, “Barmherzigkeit” es la palabra alemana equivalente a “misericordia”. Con ella se indica el vínculo que durante siglos mantiene unidas viejas tradiciones de recuerdos, de proyectos, de esperanzas y de sueños. También nos indica que éstas son nuestras propias tradiciones.

“Autodeterminación” es también un punto en el que siempre han confluído los hilos conductores de muchos objetos, desde la Antropología filosófica y la Ética, la Teología, la Ciencia política, la Ciencia del Derecho y la Sociología, hasta la Biología o la Economía, y naturalmente desde las respectivas praxis, con las que estas Ciencias están vinculadas. El concepto de autodeterminación se ha vuelto además a poner en marcha actualmente y busca sus materializaciones. Investigación del

cerebro, globalización y paternalismo son sólo algunas de las palabras claves, que están por todas partes y son especialmente sugerentes. Me ocuparé más adelante de ellas.

Si esto es cierto, se puede esperar que una reflexión sobre el valor de la autodeterminación en nuestros días, no sólo nos permita comprender un poco mejor el ámbito de las Ciencias humanas y sociales, sino también nuestros tiempos actuales. Y si esto es cierto, se comprenderán inmediatamente también los límites de mi conferencia: Sería ingenuo pretender hoy plenitud y satisfacción en nuestra reflexión; sólo trataré algunos aspectos y expondré algunas ráfagas, que espero que al final se integren en una imagen sobre la que se pueda seguir reflexionando. Y como estamos ahora en el momento de la “frustración de expectativas” y ustedes han invitado a sabiendas e intencionalmente a un jurista como yo para dar esta solemne conferencia, habrán asumido el riesgo de que las reflexiones corran en torno al derecho y sus leyes.

\* Título original: *Selbstbestimmung – noch Zeitgemäß?* Conferencia inaugural pronunciada el 20 de julio del 2005 en el Münchener Kompetenz Zentrum Ethik. Traducción del alemán de Francisco Muñoz Conde.

La autodeterminación es, pues, un objeto sobre el que hoy se puede filosofar con la esperanza de aprender así algo sobre el tiempo en el que se vive, y con ello sobre una parte de sí mismos. Hay pocos conceptos que en la difusa luz de los tiempos antiguos aparezcan tan fuertes y a la luz de nuestros días tan débiles como el de autodeterminación. Hoy parece realmente ser un concepto de ayer: referido a la persona, dirigido hacia la interioridad, con su propio sentido. Nada que ver con la globalización, la libertad de mercado, mercancías y servicios, o con la multiculturalidad; algo del siglo XVIII más que del momento presente.

## 2. EL CANTAR DE LOS CANTARES

Y, sin embargo, la autodeterminación es el “Cantar de los Cantares” de la modernidad occidental, y lo que es más hermoso: no desmiente en absoluto sus antecedentes, sino que nos permite ver cómo se ha desarrollado desde lo anterior, y ver también cómo han sido los rasgos de lo anterior.

### A) AUTODETERMINACIÓN Y ORIENTACIÓN NEGATIVA

Quien lo necesite para orientarse en la posmodernidad, se puede representar lo premoderno como una pura ausencia de autodeterminación, como un sometimiento imperial y normativo de las personas. El interés que hoy despierta por todos lados la Edad Media, podría ser consecuencia de esta necesidad de confirmar la orientación. Ciertamente, entonces todavía se sabía a dónde se viajaba porque se tenían guías terrenos y espirituales que marcaban el camino a seguir. Pero esta imagen sería más una muleta que una verdad. Es verdad que en aquella época el derecho divino y el natural, donde y en la medida en que estaban vivos, descargaban normativamente a las personas, y desde luego no sería equivocado decir que las personas pagaban esa descarga con una pérdida de su autodeterminación:

Quien cree saber que hay un Dios inmanente, que se inmiscuye seguro en las actuaciones humanas, como sucede con el Juicio de Dios en el sistema probatorio procesal y con la victoria en la guerra justa, dispone de una confianza en Dios, que no sólo da respuestas concluyentes a las cuestiones fundamentales de la vida, sino que soluciona fácilmente las dificultades de la vida cotidiana: Desde luego, no tenía que esforzarse tanto como tenemos que hacerlo hoy. Pero esta descarga de responsabilidad no es gratis, porque el individuo no sólo dispone de la confianza en Dios, sino que la confianza en Dios también dispone de él. Podrá razonar sobre la adecuación de una penitencia o sobre los caminos de la santidad, pero no los podrá juzgar; de eso se encarga otro, que es quien puede y debe interpretar de forma vinculante la palabra de Dios.

Esa vinculación entre descarga normativa y determinación ejercida por otro, la experimenta el hombre con el Derecho natural lo mismo que con el Derecho divino; sólo las vías de transporte transcurren de un modo algo diferente. Quien cree saber que la Ley humana y las decisiones de los Tribunales de Justicia no son otra cosa que transcripciones y prolongaciones porque los principios jurídicos hasta la regulación de los casos más concretos vienen ya previamente indicados por la naturaleza, queda igualmente descargado del problema de la búsqueda del derecho, cuya solución no le está permitido determinar.

Vistos desde un punto de vista macroscópico, el *Jus divinum* y el *Jus naturale* aparecen como hermanos gemelos que a cambio de un kilo de autodeterminación ofrecen mil gramos de orientación normativa; y privan a las personas de aquella parte de creación jurídica que ellos elaboran, lo que no es poco. Se puede, por tanto, decir, que los tiempos en los que se vive con un Derecho suprapositivo son malos tiempos para la autodeterminación. Lo suprapositivo, bien sea la palabra de Dios o lo correcto desde el punto de vista natural, priva a las personas de dos cosas: por una parte, de la preocupación, y, por otra, de la decisión.

## B) LA ENCUBIERTA DETERMINACIÓN CONJUNTA

Esto no es ciertamente falso, pero sí unilateral. Pasa por alto una tradición que en la premodernidad occidental igualmente estaba viva y que desde el principio, aunque de forma atenuada, siempre ha exhortado la autodeterminación de las personas. No puedo seguir aquí esta idea, pero quiero mencionarla porque es perfectamente pertinente; produce un equilibrio entre la norma no humana y la autodeterminación humana y le confiere Justicia al Derecho suprapositivo.

### a) Persona

La Antropología cristiana se basa, utilizando aquí y allá el *Jus divinum*, en que el ser humano es una persona ante Dios. Es pensado y aceptado en su particularidad, no sólo en su esencialidad y en su pertenencia a una totalidad mayor, no sólo en su configuración.

¿Cómo se puede partir sin reconocimiento de sí mismo y de su diferencia con la totalidad mayor, sin atender a los seres humanos individuales, su historia, su corazón, su cabeza y sus huesos? Quien comienza a filosofar sobre la persona, ha inoculado ya el virus de la autodeterminación, y por más que haya asumido de un modo tan ferviente la existencia de un Dios ordenador y regulador, que no deje mucho espacio a la persona, ocupará este espacio, y esto es, en mi opinión, lo que demuestra exactamente la Historia de la Teología. Y nos lo demuestra, a ustedes y a mí, en un tríptico en el que cada carátula representa la conciencia del ser humano, la autovinculación de Dios a los seres humanos y la libertad del cristiano.

### b) Conciencia

También bajo el dominio de una concepción permanente de lo correcto vigente en todas partes, la decisión del ser humano en favor de esto y en contra de aquello es una decisión; es decir, está vinculada a los eternos obstáculos de cualquier deducción normativa, a la con-

ciencia humana. La Filosofía y la Teología de la conciencia conmueven cualquier edificio normativo, también aquéllos que, se deriven de donde se deriven, al final quieren calificar como correcta una sola decisión. La conciencia es un regulador irritante, que sin esfuerzo desbarata la más hermosa deducción, y puede hacer creíble un resultado completamente diferente al calculado. Y la conciencia existe obligatoriamente, cualquiera que sea la decisión humana que se quiera hacer valer como decisión personal, y no sólo como el resultado de una acción enseñada. ¿Se puede entender la conciencia sin algún tipo de concepción de la autodeterminación? La conciencia tiene connotaciones con la seriedad y la responsabilidad, no con la irreflexión y la suerte.

### c) Autovinculación

En la segunda carátula del tríptico se ve a los voluntaristas y a los realistas enzarzados en una discusión. Para nuestro discurso es indiferente quién de ellos tiene la razón; para mostrar qué y cómo puede penetrar la autodeterminación en el discurso hermético, para mí es suficiente simplemente constatar que hay una discusión. Interpreto esta discusión como un teatro en torno a la autodeterminación y espero que ustedes también puedan interpretarla así.

Quienes, como los voluntaristas, dejan a Dios la posibilidad de decidir de nuevo, de un modo diferente o incluso contradictoriamente (porque es efectivamente Dios y porque lo querido por Él, precisamente porque Él lo ha querido, es bueno), le dejan también toda la fuerza determinante y hacen del ser humano un mero espectador, o, si tiene mala suerte, una víctima. Quienes, en cambio, como los realistas, vinculan a Dios con sus propias declaraciones, o con su Historia o con su Lógica (porque es efectivamente Dios y porque Dios quiere lo bueno precisamente porque Él es bueno), conceden en todo caso a los seres humanos la posibilidad de recordar a Dios en esta realidad y presionarlo de modo saludable. ¿No es algo parecido a la autodeterminación la posibilidad que tiene el ser humano de in-

tervenir en las cosas de un modo consecuente? Ese Dios que se vincula, deja al ser humano, precisamente por causa de esa vinculación, un trozo de autodeterminación; se la concede o, si se quiere, se la regala.

#### d) Libertad

Y en tercer lugar, desearía recordar la “libertad del cristiano” y afirmar que la rebelión de Lutero y de otros contra una concepción anquilosada del Cristianismo también y esencialmente ha sido una lucha de los cristianos en la Cristiandad. Esta Teología, desde la administración del bien común, hasta la constatación de determinados artículos de fe, pasando por el servicio divino, ha puesto al ser humano individual en el Derecho, le ha dado su voz y ha considerado importantes sus decisiones. La Reforma pasó por el banco de prueba lo anteriormente existente y, en todo caso, amplió el campo en el que primero debe ser buscado lo que después debe ser encontrado. En esa lucha participamos todos, tú y yo, y nunca se puede saber por anticipado lo que la búsqueda exigirá cada día. En esto veo un trozo de autodeterminación.

#### e) Constitución

De este modo la tradición cristiana, hasta en su más estricta observancia, es movable y deja entre sus normas un espacio para la co-determinación humana. Y esto no sólo vale para el Derecho ordenado por Dios, el *jus divinum*, sino también para el *jus naturale*. Para demostrarlo, me basta hacer, entre otras, una reflexión:

Que para esta concepción existe un Derecho natural y que éste puede ser conocido por los seres humanos, es una. Pero la otra es que este Derecho puede ser transportado a la vida cotidiana y tener una eficacia concreta. Este transporte no es sólo una limpia deducción teórica. En la praxis es una mezcla bastante impura de pasos inductivos y deductivos, un ir y venir de la vista de la norma a la realidad,

como lo expresó alguna vez el filósofo muni-qués Karl English.

El término “transporte” es incorrecto. No se transporta; más bien se produce algo, cuando norma y supuesto de hecho entran en conflicto; y este algo es el resultado respectivo de la respectiva aplicación del Derecho. Este resultado está al final de un proceso productivo, en el que tanto las normas, de las que va a derivarse la sentencia, como las cosas que van a ser enjuiciadas, han cambiado y evolucionado, y ciertamente, si todo va bien, las unas tras las otras.

El que cualquier norma, incluso la que proceda del más estricto y ferviente Derecho natural, pueda ser llevada por el Juez como una subsunción automática, para transformarse de manera limpia e intacta en una decisión jurídica, solo se puede considerar así todo lo más en un escritorio, nunca en un Tribunal de Justicia. En un Tribunal (en una Sala de Deliberaciones, o aun más en un Consejo de Ministros o en el Parlamento donde las leyes se crean) se puede siempre controlar que el ser humano pueda cooperar consecuentemente en cada concretización de principios, en cada aplicación de la norma y constitución del supuesto de hecho. Ningún Código jurídico, aunque sea uno iusnaturalista, se realiza por sí mismo. Realización del Derecho es constitución, y constituir es crear y crear es codeterminar. La ingénua creencia en que el Derecho natural habla por sí mismo, lo único que puede hacer es obscurecer y retrasar este conocimiento, pero nunca desmentirlo.

### C) RESUMEN

Resumidamente se puede decir: También en los tiempos y lugares en los que el ser humano se consideraba y se considera más bien objeto de enjuiciamiento por otros, antes que sujeto de una teoría y una praxis justa, hay en nuestras tradiciones de la voluntad divina y del Derecho natural huellas de la autodeterminación. La autodeterminación, con este o aquel ropaje, estaba siempre presente.

## D) EL CONTRATO SOCIAL

### a) Orden

¡Y sigue en la brecha! El Cantar de los Cantares de la autodeterminación suena con el comienzo de la Modernidad, con el sometimiento de las fuentes no humanas a la correcta instrucción. Anteriormente, como ya hemos visto, la cooperación del ser humano en el descubrimiento de la verdad, del derecho y del mundo estaba más bien escondida y disfrazada. Con el final del Derecho natural (o mejor dicho: con la pérdida de la fe en una fuente del Derecho suprapositiva, por encima del tiempo y del espacio) comienza una nueva época. Ahora es el ser humano el legislador; él es quien determina lo que va a ocurrir.

Con el comienzo de la modernidad no era necesario diferenciar ya el *jus divinum* del *jus naturale*. Cuando el tiempo maduró, había menos instrumentos braquiales disponibles, pero igualmente eficaces. Tiene bastante con demostrar que estos venerables *corpus iuris* no hablan (incluso sólo que ya no hablan, o que en todo caso ya no nos hablan); que (ya) no hay nadie que los pueda escuchar, leerlos y traducirlos (aunque esos egregios textos existieran); que no son (ya) más accesibles al sentido humano

Ya con ello se abría la puerta a una legislación y a una creación del derecho, de la que eran responsables los seres humanos, porque sólo ellos eran responsables, porque no había nadie más que pudiera ser hecho responsable. De lo vertical había surgido la horizontalidad, de la deducción la constitución; los seres humanos quedaban sólo ante la cuestión de qué es lo que había que hacer.

La idea del Contrato social expresa esta lógica: Todos los afectados por el Derecho están llamados a ponerse de acuerdo en libre autodeterminación sobre ese Derecho. A ellos les corresponde entregar una parte de su libertad como presupuesto de una existencia de todos en libertad ciudadana segura, y crear y apoyar una autoridad superior que vigile los límites de esa libertad. Conforme a esta idea, la creación

de una autoridad superior no suponía el sometimiento de los seres humanos a esta autoridad, ni tampoco una entrega de su autodeterminación. La autoridad superior tenía que servir, y debía medir su poder para prestar también realmente ese servicio; el poder de crear una libertad segura y mantenerla. Si no quería o no podía hacerlo, perdía su *raison d'être* y, por tanto, su propia identidad.

El mundo en el que los seres humanos se relacionaban iluminados por el Contrato social, se basaba en un Orden autodeterminado. De una pérdida había surgido una ganancia. El silencio de las voces del más allá había dado a los seres humanos un nuevo Derecho: poder decidir sobre sí mismos y determinar el Orden en el que querían vivir. De eso vivimos todavía.

### b) Responsabilidad

La idea del Contrato social nos ha dado un segundo regalo, con el que también vivimos hasta hoy: la idea y la praxis de la responsabilidad

Este regalo no surgió en los laboratorios de la observación empírica del ser humano y de sus capacidades, sino de la lógica de la autodeterminación del mismo. No el descubrimiento de una “libre voluntad”, sino las condiciones de posibilidad del trato entre los ciudadanos es lo que ha permitido que los seres humanos reflexionen sobre una Antropología filosófica, que proyecta al otro no como lo otro, sino como los otros y las otras, es decir, como persona. La idea y la praxis de la responsabilidad no se fundamentan en el conocimiento (o la creencia) de que el ser humano es capaz realmente de formar y seguir libremente una voluntad; no proceden del indeterminismo, sino que todo lo más están lejanamente emparentados con él y, por tanto, su supervivencia tampoco depende del convencimiento biológico de si existe o no la “libre voluntad”. El descubrimiento de la responsabilidad se debe más bien al conocimiento basado en el Contrato social de que los seres humanos sólo organizan saludablemente su convivencia y sólo pueden sustraerse a las amenazas y estrecheces

consustanciales al *status naturalis* cuando se reconocen mutuamente como personas capaces de actuar responsablemente; de forma gradual y limitada, se entiende.

Por eso, tampoco los teóricos del Derecho penal hablan hoy de la “existencia” de una voluntad libre, sino de su “atribución”, expresando así que se mueven en el ámbito de la Antropología filosófica y social, y no en el de las Ciencias naturales. Esto significa, por ejemplo, que nuestro concepto de responsabilidad se basa hoy y se basará todavía durante un tiempo previsible en:

- la expectativa estable, aunque en el caso concreto pueda ser incumplida, de que el otro extraño es accesible a los mensajes comunicativos y los incorpora a sus modelos de acción;

- la experiencia normativa bien estructurada de que la participación interna del ser humano en su actuación externa incide en esta actuación

- la valoración que de ella se deriva de que, con más o menos libre voluntad, matar a otro por codicia es normativamente diferente a matar a otro por imprudencia.

No alcanzo a ver cómo los conocimientos de la investigación cerebral pueden ilustrar o conmover esta Antropología y Sociología. Aunque se demostrara, y en modo alguno por primera vez, que los procesos decisivos se producen a espaldas de la percepción y reflexión humanas, esto no significaría nada para la tarea de organizar la convivencia entre los seres humanos, como tales seres humanos y no como lobos. La investigación cerebral tampoco destruye la dogmática de las diferencias normativas que hay entre torturar a otro y lesionarlo conduciendo imprudentemente un vehículo de motor, por más que en ambos casos al final con la muerte de la víctima se produzca objetivamente el mismo perjuicio al bien jurídico.

Las leyes que configuran profundamente nuestra cultura del *status civilis*, de la autodeterminación y la responsabilidad de la persona no vienen y van con los conocimientos de la investigación cerebral o de otras ciencias empíricas humanas; sino que proceden de otros

ámbitos con otros instrumentos, de otros intereses del conocimiento y otras tareas. Los exagerados debates sobre investigación cerebral, libertad de voluntad y responsabilidad viven del ocultamiento estratégico del conocimiento trivial de que una ciencia sólo puede descubrir lo que sus instrumentos le pueden revelar, y que sus respuestas sólo pueden llegar hasta donde alcanzan sus preguntas. Si la investigación del cerebro se pusiera a investigar las leyes que rigen la convivencia de los seres humanos y los presupuestos de una Constitución libre, dejaría de ser desde el primer momento una investigación cerebral.

### c) El jardín

Visto de esta manera, este jardín del Contrato social es el mejor lugar para que los seres humanos puedan aspirar a conseguir la autodeterminación.

Pero el problema de este Contrato social es que hasta el momento no ha sido firmado por nadie. No es un recuerdo del pasado, que se pueda corregir e imitar; ni siquiera es una utopía concreta que se pueda alcanzar paso a paso. Es sólo una construcción filosófica de papel, que simplemente formula las condiciones de posibilidad de una vida autodeterminada por los seres humanos entre sí, las condiciones de posibilidad de una Constitución libre.

Pero las formas concretas de este contrato autodeterminado, las reglas particulares de la Constitución libre no se pueden deducir fácilmente del concepto de Contrato social, igual que, como ya hemos indicado antes (II, 2.e), tampoco se puede deducir una decisión jurídica del Derecho natural. Antes, este concepto (el de Contrato social) debe ponerse en contacto con el mundo real, con las condiciones de lugar y tiempo en las que viven los seres humanos, con el cambio social y mental, con la economía, la técnica, el derecho y con otros medios de comprensión social normativa. Sólo entonces se verá, cómo es este concepto en detalle y lo que es capaz de ofrecer. Actualmente, para decirlo ya, no parece que los astros sean favorables.



### 3. LA REALIDAD REAL

#### A) LOS VIENTOS

Por fuera del jardín del Contrato social soplan los vientos de la realidad real. Y lo que estos vientos nos soplan es que la autodeterminación no es más que un descarado engaño: Unos lo han inventado para ocultar a otros que ellos gozan de un exceso de autodeterminación a costa de esos otros, y los otros lo dejan andar y creen, sin embargo, de cualquier modo en la oportunidad de encontrar una actuación autodeterminada y practicar la codeterminación, porque la vida es lo suficientemente difícil y la creencia en las propias fuerzas puede ayudar cuando uno tiene dudas.

Tal como soplan los vientos, la autodeterminación en la vida real no puede funcionar desde un principio, y todavía menos en un mundo tan complejo como el nuestro. Lo que la autodeterminación promete quizás pueda existir en una vida en lugares despoblados o servir para configurar un sistema de dominio autoritario. En estos casos se puede vivir de un modo completamente autodeterminado; en el primero, simplemente porque no hay nadie en el entorno que pueda impedirlo; en el otro, porque los que querían impedir la autodeterminación, no pueden hacerlo de hecho. Pero en el hervidero de las sociedades entrelazadas y de los Estados abiertos la autodeterminación lleva al caos, al derrumbamiento de las instituciones y a la frustración de los ciudadanos engañados. Los duros vientos de la globalización y del entramado universal barren en nuestros días los últimos restos de una cómoda autodeterminación y los convierten en grandes superficies comerciales. En ellas hay que estar permanentemente en guardia para que no nos arranquen la piel a tiras, como ocurre en una situación de *status naturalis*, u ocurrió con los vientos huracanados procedentes de Occidente tras la caída de la antigua República Democrática Alemana. Y como tras todo torbellino finalmente llegan plagas de langostas que privan a las personas jurídicas y físicas de las raíces económicas de una configuración vital autodeterminada y continúan arrastrándolas.

El concepto de autodeterminación, una vez puesto en marcha y descargado en la praxis, corre el peligro de que, según soplan los vientos, la gente, en su autodeterminación, se evada en la drogodependencia o en el suicidio, desaparición en los Peep Shows (sin que nadie sepa qué es lo que hacen allí), vea la televisión continuamente, tenga a los hijos siempre al lado en la cama, viva en comunidades homosexuales y exija públicamente el derecho a hacerlo, y que con donaciones espontáneas de órganos arruine el frágil mercado ilegal existente en esta materia. Y todo ello porque la Autoridad superior no tiene cuidado y no interviene a tiempo. O se arruina por una hipervaloración de sí misma, porque carece de la perspectiva global que supone hoy la actuación autónoma y anda a tientas por las trampas de una autonomía imaginada. O arruina a su vecino, porque, en posesión de un poder superior, se puede imponer a su costa de forma discriminatoria.

Brevemente: El ser humano real no está hecho para la autodeterminación; se desintegra si no tiene cuidado, y cuanto más complejo es el mundo, tanto más peligrosas son las teorías y la praxis de la vida autónoma. Así soplan los vientos de la realidad real, burlando los sueños de una vida cotidiana autónoma y de una Constitución libre.

#### B) LOS LÍMITES

Los vientos soplan en todo caso desde la dirección correcta. Si se levanta la vista del papel y se mira alrededor, se obtienen, en lugar de testimonios de una autodeterminación real, una serie de límites masivos y en masa a una posible autodeterminación. Estos límites tiene al menos tres características:

- no vienen como inventados, sino que parecen más bien sólidos y perdurables;
- se corresponden, sin embargo, con la respectiva complejidad en la sociedad y el Estado, dando así la impresión de que van con el tiempo;
- se pueden ordenar en un esquema flexible, pero ilustrativo, alimentando así la supo-

sición de que se integran en un sistema o que incluso tienen uno.

Empecemos ahora con este esquema, en la esperanza de que el concepto de autodeterminación se pueda entender mejor comprendiendo sus límites. Pero son menos los límites en el sí, el cómo y el hasta dónde, y más bien sus fundamentos lo que promete un conocimiento más profundo de lo que es realmente la autodeterminación y de lo que puede ser hoy y quizás mañana, pues es sobre estos fundamentos sobre los que se puede construir lo siguiente:

### a) Autolimitación

Considerado en un primer estadio fundamental, la autodeterminación tiene sus límites en sí misma. Igual que el Derecho, la autodeterminación es un concepto *ad alterum*, un bien obligatoriamente compartido y, por tanto, necesariamente limitado. La autodeterminación, igual que la libertad y la arbitrariedad, choca con la autodeterminación de los demás y termina en ella. Más allá de estos límites comienza la determinación por parte de los demás, la autolimitación y el sometimiento. El Derecho no puede suprimir la autolimitación de la autodeterminación; sólo puede, conforme a una ley general de libertad, crear y disponer las condiciones bajo las que es posible la concordancia de la autodeterminación en general y en el caso concreto. El Derecho actúa sobre la base de estos presupuestos, que le vienen dados.

Sólo de un modo aparentemente actual, el fenómeno de una autodeterminación necesariamente limitada se agrava, si se pone al lado del principio de igualdad; un principio que, como es sabido, está todavía en sus inicios y no es, por tanto, muy robusto. No, la autodeterminación no va a convertirse sólo con la actual admisión del derecho a la herencia y al voto de las mujeres en un fenómeno en sí limitado, porque las mujeres pueden ahora exigir igualdad, ampliar la autodeterminación y agravar el dolor de la delimitación: la autodeterminación tiene sus propios límites, y no está vinculada

a los procesos y reacciones del principio de igualdad.

El que la autodeterminación termine donde comienza la autodeterminación de los otros no tiene nada que ver con la cultura de la igualdad. Esta cultura no crea límites, sólo define su curso; en nuestro caso, colocan, pues, en directa concurrencia la autodeterminación de las mujeres con la de los hombres en el ámbito electoral o en el derecho hereditario, pero la autolimitación de la autodeterminación no tiene nada que ver con esto: es una cuestión fundamental. Por tanto, las formas de aparición del principio de igualdad sólo aparentemente y a primera vista abren un segundo ámbito de límites a la autodeterminación.

### b) Socialización

Este segundo ámbito se abre sólo a una Antropología sociofilosófica, que se basa en la autolimitación de la autodeterminación y sigue preguntando por las condiciones y consecuencias de la socialización. Esto ha sido expuesto magistralmente en una Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán que, como ninguna otra antes o después, ha delimitado la autodeterminación conforme a las experiencias de la moderna vida cotidiana. Me refiero a la Sentencia sobre la “autodeterminación informática” (BverfGE 65,1), en la que lo que anteriormente (II) hemos llamado el Cantar de los Cantares de la Autonomía es entonado inmediatamente desde el comienzo de sus Fundamentos jurídicos: “En el centro del Orden constitucional están el valor y la dignidad de la persona, que actúa en libre autodeterminación como miembro de una sociedad libre” (BVerfGE 61, 1, 41), pero poco después matiza con “las modernas condiciones de la protección de los datos de la intimidad”, que presuponen “la protección del individuo ante la obtención ilimitada, grabación, utilización y divulgación de sus datos personales” (BVerfGE 61, 1, 43).

Pero no sólo es este tono jubiloso lo que nos hace apreciar esta decisión, sino más bien lo que de ella se deduce: el límite y fundamen-

to de la autodeterminación en la socialización del ser humano. Éste se determina como “una personalidad obligada a la comunicación, que se desarrolla dentro de la comunidad social”, entendida como una “referencia comunitaria y una vinculación comunitaria de la persona”. Conforme a ello, “debe aceptar limitaciones en su derecho a la autodeterminación informática ante un interés preponderante de la generalidad” (BverfGE 61, 1, 44). En el fondo, reproduce fielmente la antigua expresión franca de nuestra Constitución, que coloca la autodeterminación en un lugar destacado (Art.2, 1 de la Ley Fundamental de Bonn) y la convierte en un derecho fundamental, pero, al mismo tiempo, la relativiza y limita: “Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no lesione los derechos de otro y no infrinja el orden constitucional o la ley moral”.

En cambio, no hay nada que recordar en la estructura; las reflexiones en este ámbito no son más que la aplicación útil de la autodeterminación limitada por sí misma a ser una institución sociofilosófica. Constatan lo evidente: que cualquier concepto de autodeterminación tiene que asumir las condiciones de la vida social, pues la socialización es una experiencia relevante para la autonomía.

### c) Coacción

Una lógica que igualmente sigue su propio camino, obedece al tercer ámbito, que ha desarrollado límites a la autodeterminación en interés de la protección de bienes jurídicos a través del uso de la coacción, utilizando para ello los ámbitos que le anteceden. Aquí se trata de los peligros que puede representar una actuación autodeterminada para los intereses singulares ajenos.

La tradición jurídica ofrece una diferenciación que no es muy útil: por un lado, tenemos formas jurídicas dispuestas para activar la autonomía privada; por otro, formas jurídicas que obligan. Las primeras entonan el ya conocido *Cantar de los Cantares*; las otras, su contrapunto. Las primeras muestran las facultades

dispositivas, como las de la mujer que compra autónomamente y las de quien hace testamento también de forma autónoma, en los modelos del contrato y de los actos de disposición de últimas voluntades, con cuya ayuda se ponen en marcha eficazmente y se pueden materializar decisiones autónomas. Las otras recaen sobre los manifestantes neofascistas o sobre los ladrones. Las primeras nos alegran, porque ofrecen formas de realización adecuadas a la autodeterminación de los seres humanos entre sí, y con ello les sirven de fundamento, las aseguran, les prometen éxito y las hacen atractivas. Las otras nos interesan, porque determinan los límites de la autodeterminación en base a razones que podemos considerar fiables.

Todo derecho coactivo impone límites a la autonomía del individuo. Esta es su principal característica, tanto si se trata del Derecho tributario, del Derecho alimentario o del que regula los cementarios, del Derecho penal, del Derecho policial o del control de las armas de guerra. El derecho coactivo justifica sus intervenciones en la libertad civil con la peligrosidad de la actuación autónoma para los bienes jurídicos más importantes: el presupuesto del Estado, la vida y la salud de las personas, el mantenimiento de la paz. Esta justificación es fácil de fundamentar en principio, pero no lo es tanto en sus particulares delimitaciones.

El principio, conforme al que puede existir un *jus cogens* limitador de la autodeterminación en interés de la protección de bienes jurídicos, es estable. Ello se ve inmediatamente si se amplía nuestra perspectiva, que por razones didácticas se limita al Derecho, a aquellos procesos en los que se basa el derecho coactivo: los procesos de control social. Abolir o recortar de modo radical este derecho coactivo que limita la autonomía personal, no tendría demasiado efecto en la realidad real de la autodeterminación, ni tampoco eliminaría sus límites. Al contrario, pronto aparecerían otras instancias de control social, que se encargarían de que los árboles de la autodeterminación no llegaran al cielo: vecindario, maestros, asociaciones de consumidores, de víctimas, de defensa de los ciudadanos, medios de comunicación, policía,

militares y, por último, incluso el populacho. Y este final sería también el final de una vida autodeterminada y una Constitución libre.

Esto muestra: Los límites a la autodeterminación en interés de la protección de bienes jurídicos están profundamente enraizados; no existe en perspectiva una sociedad que pueda renunciar a limitar la autodeterminación a través del control social. Sólo con cortos pasos, inteligentemente dados, podría ampliarse la autodeterminación y reducirse la coacción y el derecho coactivo. Pero estos pasos no sólo deben incidir en el vigente *jus cogens*, sino también tener en cuenta el actual estado del control social en una sociedad. Una meta ilimitada de reducir la coacción sería ingenua y peligrosa.

#### d) Ayuda

Hasta aquí los principios limitadores de la autodeterminación nos han caído en cierto modo del cielo. Se han impuesto sin más; incluso en la coacción hemos encontrado un *Ceda el Paso*, pero no un *Stop*. Lo que hemos encontrado son regulaciones graduales, que invocando el bien común ponen límites a la acción autónoma, la dominan y la canalizan.

Esto comienza a ser incómodo. Nos aproximamos a un tipo de limitación que directamente conduce a limitar la autonomía en base a la idea de ayuda, incluso por nuestro propio bien. Esto huele a tomar a la gente por tonta, a sustituir los intereses “reales” por los “considerados buenos”, a pasar de lo blanco a través de lo negro.

Pero ¡cuidado! Esto no se debe rechazar precipitadamente como una paradoja o incluso como una manipulación. Hay ejemplos en los que ya viene escrita en la frente la buena intención de conseguir la autodeterminación a través del instrumento de una limitación basada en la idea de ayuda. A esta idea obedece la exigencia de determinados requisitos formales que pretenden evitar que, por ejemplo, alguien pueda realizar un contrato importante sin intervención notarial. O las Condiciones Generales de los Contratos que pretenden proteger

a los consumidores inexpertos del superior conocimiento de los empresarios; y también el principio inspirador del Derecho del trabajo que pretende proteger a los trabajadores de la fría especulación a que puede dar lugar la ilimitada autonomía privada de los patronos. Todos estos instrumentos limitan posibilidades de actuación, que, si no existieran, serían disponibles; intervienen, pues, en la autodeterminación; todos invocan la meta de posibilitar así, o por lo menos facilitar, la actuación autónoma; y todos alegan para ello el mismo fundamento: Por lo menos una de las partes no está en situación de actuar, de un modo real y suficiente, autónomamente, porque le falta la necesaria capacidad, porque es tonto o demasiado débil. Hay que protegerlo con la ayuda, y ciertamente en interés de su propia autodeterminación.

Por aquí pasa el Rubicón. En la medida en que no lo vadeamos, estamos todavía en un agradable entorno y en lugar seguro: El criterio de la ayuda es ciertamente el primero de los fundamentos de los límites de la autodeterminación que realmente atiende a la autodeterminación tal como es en la vida cotidiana; no la deriva del firmamento de las ideas, sino pregunta por las posibilidades reales que tiene el ser humano real de poder ejercitarla; y tiene a la vista el cambio técnico, económico y mental, explicando las distintas posibilidades que tienen los seres humanos para poder adaptarse a ese cambio.

Esto es un claro progreso, una cualidad indeclinable no sólo para la elaboración práctica de la autodeterminación, sino también para su penetración conceptual. Desde este momento pertenece no sólo a la praxis de la autodeterminación, sino también a su teoría, la dimensión de su realización; el concepto ha llegado a su *empíria* antropológica y social.

#### e) Tutela

Más allá del Rubicón comienza en algún lugar el imperio del paternalismo. Aquí llegamos a un quinto ámbito de límites a la autodeterminación, en el que pasamos de la ayuda a

la tutela. Tampoco ello supone de entrada una mala señal. Más bien, como veremos inmediatamente, da la impresión de que nos encontramos en una encrucijada razonable. Pero en una ulterior ojeada se descubre que se ha llegado a un espacio completamente diferente. Y no es fácil reconstruir el punto en el que se produce el desencuentro entre uno y otro ámbito.

¿Por qué, se pregunta la razón, puede el individuo hacer autónomamente lo que le dé la gana sin tener para nada en cuenta los intereses de los demás? ¿Por qué, por ejemplo, no podemos obligar a un conductor a abrocharse el cinturón de seguridad mientras conduce, si se ha demostrado suficientemente que de este modo se reduce el número de lesionados en un accidente? ¿Por qué tener pagar más por el seguro del automóvil por causa de esta gente, si yo siempre me pongo el cinturón? Y lo mismo puedo decir respecto de los que practican deportes de riesgo como el ala delta o el puenting, o de los fumadores, los bebedores, los glotonos y los consumidores de drogas: ¿por qué si yo no cometo esos excesos, tengo que pagar más impuestos para que se atienda a ese tipo de personas que voluntariamente ponen en peligro su salud? ¿Por qué se va a dar a los arrendadores un derecho ilimitado a no aceptar determinados arrendatarios por razones sexistas o incluso racistas, simplemente porque pueden adoptar esas decisiones autónomamente? ¿Por qué no permitir que personas adultas perfectamente autónomas consuman pornografía o cocaína? ¿Por qué hay que prohibir a alguien que pueda vender uno de sus riñones, si sabe perfectamente lo que hace y está de acuerdo en el precio?

Todas estas preguntas plantean un montón de cuestiones que requieren un montón de razones para fundamentar el por qué de estos límites a la autodeterminación. Ya no nos sirve la hermosa claridad de la autolimitación, la socialización, la coacción y la ayuda; ahora se trata de algo contingente, político, arbitrario y, por tanto, de algo realmente excitante. Así, por ejemplo, se justifica la prohibición de la “pornografía” con el lema “protección de la juventud”; la del “vuelo en ala delta” con la “solidaridad”; la proscripción de determinadas

actitudes del arrendador con la palabra “antidiscriminación”; al conductor se le imputa una “corresponsabilidad”; y a quienes quieren vender sus órganos no vitales se le impide con dos lemas: evitar la “comercialización de los órganos”, por un lado; “proteger a largo plazo la salud de los pobres”, por otro. Y así se puede seguir ofreciendo otros ejemplos y casos de posible tutela, y de todos ellos se puede, además, aprender mucho sobre el estado actual de los valores éticos en nuestra sociedad: sobre la tensión entre libertad y seguridad, sobre los límites entre tolerancia y solidaridad, sobre relacionamiento normativo y pánico moral.

Seguramente no pensarán en serio que voy a ocuparme ahora de este montón de cuestiones. Y tampoco puedo decidir las. Cualquiera puede entender que esto es una cuestión de un discurso ético y jurídico a largo plazo, que se debe concentrar en cada caso: del consenso social, luego de la política, de la Administración y, en última instancia, de vez en cuando, de los Tribunales de Justicia.

Y todos estos temas, que acabo de mencionar, despiertan una polémica, que a su vez aporta un montón de argumentos éticos y jurídicos y que en relación con la valoración de casos concretos provoca preguntas del siguiente calibre: ¿Por qué hay que considerar correcto que la solidaridad éticosocial de la sociedad de la seguridad se extienda también a algunos de sus miembros que autónomamente consumen bebidas alcohólicas perjudiciales para la salud? ¿No se deberían, precisamente en interés de la autodeterminación, admitir excepciones a la prohibición del consumo de drogas duras? Pero ¿cuáles serían los criterios y razones para ello? ¿Por qué el respeto a la autodeterminación obliga a prohibir la donación de órganos no vitales entre adultos, y sólo se admite en el caso de que haya entre donante y receptor una especial relación personal? Y nótese bien: Todo esto y todavía más se discute apasionadamente en sus resultados bajo el lema “tutela”; pero, por un lado, no está claro qué tipo de argumentos son admisibles en esta polémica; y, por otro, está muy claro que siempre hay que contar con que las razones que hoy se con-

sideran fuertes, mañana pueden ser débiles, y a la inversa.

Pero no voy a entrar en estos detalles porque esto agotaría su paciencia y excedería mis fuerzas. No es momento para tomar decisiones, sino más bien para establecer los criterios conforme a los que haya que decidir.

### C) EL RUBICÓN

Para aproximarnos un poco a estos criterios, echemos un vistazo al Rubicón en la esperanza de que navegando por él podamos saber por lo menos lo que tenemos que hacer.

En el Rubicón se me ocurren cuatro hipótesis, que parecen suficientemente confirmadas por la experiencia y que pueden quizás por eso servirnos de guías, no para decidir casos concretos entre protección de bienes jurídicos, asistencia y tutela (esto queda, como se ha dicho, reservado a la orientación, el conocimiento, la voluntad y la autodeterminación del individuo), sino para la cuestión previa de cómo podemos orientarnos en la orilla y en el curso del río.

El Rubicón transcurre entre coacción, asistencia y tutela ciertamente, considerado a largo plazo, en un lecho; pero, bajo una mirada más atenta, este lecho se modifica continuamente. Así, por ejemplo, las sentencias sobre los límites de la pornografía dura fueron en Alemania durante un siglo esencialmente cuidadosas y valorativas de esos límites; luego se fueron atenuando durante la República de Weimar (1918-1923), el Nacionalsocialismo (1933-1945) y la Posguerra (a partir de 1945), y se se han endurecido en los dos últimos años. Y así ocurre con los casos de autodeterminación, de los que se trata en este ámbito, desde el uso del cinturón de seguridad hasta el aseguramiento de la vida peligrosa: son de una firmeza viva. Una orientación sobre los criterios de limitación de la autodeterminación debe, pues, tener en cuenta que su objeto sigue siendo ciertamente objeto, pero sus límites se modifican permanentemente.

– La autodeterminación se sitúa en la vecindad de conceptos emparentados y compar-

te, en la medida de su cercanía, su destino. Si su firmeza es viva, entonces la autodeterminación se mueve en consonancia con su vecino, y su movilidad tiene consecuencias para el vecino. Sus parientes son libertad, igualdad o espontaneidad; más extraños a ella son seguridad, jerarquía u orden. Esto no quiere decir que sean opuestos. Manejo aquí con ciertas reservas los conceptos de parentesco y vecindad, conceptos que sugieren más que definen. Esto significa, por ejemplo, que en tiempos como los nuestros que, por muchas razones, se preocupa más por la seguridad que por la libertad, la autodeterminación ya no es el fuego palpitante que era en el Vormärz y en los años sesenta y setenta del pasado siglo. Una orientación sobre los criterios de limitación de la autodeterminación debe, por tanto, tener a la vista el contexto normativo de su objeto y reflexionar al mismo tiempo que su actuación también viene determinada por este contexto y por él puede tener consecuencias.

– La autodeterminación es una planta delicada y siempre amenazada. Para crecer necesita un terreno abonado, y ser protegida de los duros vientos, para sobrevivir. No sobrevivirá, si a la larga faltan los presupuestos reales de su realización práctica. Así, por ejemplo, un presupuesto indeclinable de la cotidianidad autónoma de muchos ciudadanos es un sistema social que funcione, y la tarea de las asociaciones de inquilinos exige la autonomía de decisiones en situaciones apuradas, igual que la institución del defensor de oficio en el proceso penal. Una orientación sobre los criterios limitadores de la autodeterminación debe, pues, también incluir y desarrollar positivamente aquellos sistemas en el Estado y en la sociedad por los que este concepto es codeterminado, y de los que incluso depende.

– La autodeterminación está en una oposición fundamental con otros conceptos determinados. Esto es evidente en los supuestos de sometimiento autocrático de los seres humanos, o en los casos de un rechazo radical del Derecho; lo contrario requiere menos una orientación reflexiva y más una política combativa. Pero la relación entre los conceptos de pa-

ternalismo y tutela es delicada (supra III, 2.e). Esta relación fija el curso del Rubicón entre el fomento universal inteligente de una actuación realmente autodeterminada (supra III, 2, e) y su obstaculización o destrucción por medidas protectoras. El juicio sobre si nos encontramos más allá o más acá del Rubicón será las más de las veces precario. En él confluyen las tendencias personales en relación con la libertad y la coacción, y también decide la disposición a asumir riesgos o la necesidad de seguridad. Las tendencias al riesgo y a la libertad excluirán más bien soluciones paternalistas, aunque también puede ocurrir lo contrario. Pero también pesarán las informaciones empíricas sobre el punto de partida y las consecuencias de una decisión cuando, por ejemplo, se trate de prognosis irrenunciables, como cuántas opciones autónomas de los posibles donantes de órganos soportará el mercado actual, y dónde debe emprenderse una dirección asistencial y con qué presión y con qué instrumentos. La orientación sobre los criterios para limitar la autodeterminación exige aquí, por tanto, dos cosas: la toma de conciencia normativa por parte de quien enjuicia sobre el lugar en el que se encuentra, y la valoración calculada empíricamente de los presupuestos y consecuencias de la respectiva decisión. Lo que no es poco.

#### 4. SOLUCIONES

¿Era esto? ¿Se adapta todavía la idea de autodeterminación en sus promesas y presupuestos a nuestro tiempo? ¿Ha sobrevivido? ¿La hemos sobrevivido? Mi respuesta es: sus presupuestos se han hecho más difíciles y sus promesas más importantes; por tanto, para que pueda sobrevivir, tenemos que empezar por crear unos presupuestos acordados con nuestro tiempo. Esto es hoy más urgente que nunca.

##### A) COMPLEJIDAD Y GLOBALIZACIÓN

Un juicio razonable podría ser que el concepto de autodeterminación penetra en desa-

rrollos como globalización de la cultura, comercio, política y economía o complejidad de las sociedades: La imposibilidad de abarcar y de penetrar, que es propia de objetos complejos, y la probabilidad de depender de decisiones ajenas y oscuras, que se vinculan con el entrelazamiento global, son letales para una actuación autodeterminada. La resignación, la reacción de pánico o los movimientos de huida son respuestas lamentables, pero comprensibles. El mal humor político, el retraimiento en los propios asuntos o incluso en lo fantástico son salidas que pueden representar una amenaza para los seres humanos, pero también para la sociedad y el Estado. Puedo entender que la gente que tiene la firme impresión de que es igual lo que haga; que no entiende lo que pasa, y que considera que el mundo anda completamente sin tenerlos en cuenta, no quiera tener nada que ver con ese mundo. Pero entiendo también que estos procesos no solo son devastadores para los que los padecen, sino, en la medida en que se establezcan firmemente, para todos.

Brevemente: La modernidad no es favorable a la autodeterminación. Pero precisamente por eso, debe posibilitarse y también facilitarse el actuar autodeterminado; de otro modo, no sólo muchos seres humanos perderán una dimensión de su vida, a la que tienen derecho y es propia de su humanidad, sino que todos perderemos la vinculación que nos mantiene unidos. Para prevenir los peligros de esa modernidad no se me ocurre nada mejor que la autodeterminación.

Se puede encontrar consuelo en la experiencia de que toda moneda tiene dos caras y que nada se come tan caliente como se ha cocinado; es decir: que la evolución que hemos indicado aquí no amenaza por igual a todos los seres humanos, y que estos a largo plazo se adaptarán a los cambios y se encontrarán a gusto con ellos. Esto es verdad y no es poco consuelo. Pensemos, por ejemplo, en nuestros jóvenes o en la gente que vive en los sistemas represivos, para los que la universalización de las relaciones supone un logro en su libertad y no una pérdida de orientación. Sin embar-

go, aunque tengo esperanza en estas saludables evoluciones, no me gustaría construir sobre ellas; son naturales, pero apenas planificables; son selectivas, y, por tanto, injustas.

## B) SUBSIDIARIEDAD Y FORMACIÓN

Esa construcción quizás sea posible si se basa en dos estrategias que pueden facilitar la actuación autodeterminada en las condiciones del mundo de hoy. Estas estrategias son subsidiariedad y formación. Desde luego, no son las únicas soluciones; pero para mí son unas soluciones bien evidentes y estimulantes. La primera de ellas se dirige al Estado y la sociedad; la otra, a los seres humanos. Para terminar, voy a intentar delimitarlas esquemáticamente.

La subsidiariedad es un antiguo concepto de organización inteligente de competencias; en nuestro contexto, significa autodeterminación en el ámbito de la competencia. Actualmente es una palabra que suena bien. Se basa efectivamente en la experiencia de que la afinidad objetiva, si no se la exagera, implica competencia objetiva. Quien tiene que hacerlo no es quien está en la cúspide de la jerarquía, posee una mejor perspectiva y conoce, por tanto, a muchos que saben de qué va; sino quien sabe de qué va. Esto suena a básico, a pragmático y a razonable, y también coincide. Por eso, muchas organizaciones y asociaciones de dominio se adornan con esta etiqueta, aunque no siempre con razón; la subsidiariedad es fácil de proponer, pero difícilmente realizable frente a un poder central codicioso. Actualmente podemos observar esta lucha de competencias en toda Europa y especialmente en Alemania. La subsidiariedad empuja el peso de la competencia en las decisiones desde arriba hasta la base. Es autodeterminación desde abajo; ahorra la intervención del poder central y da una oportunidad a las unidades pequeñas. Corresponde a ellas decidir cuándo y hasta dónde pueden arreglárselas por sí mismas, en caso necesario con una ponderada y controlada ayuda desde arriba.

Esta estructura es un antídoto contra la falta de transparencia en los procesos de decisión

y contra la difusión de la responsabilidad en las decisiones finales. Muestra la cara de quienes deciden por otros; dice dónde viven, permite señalarlos con el dedo y hablar con ellos. Son presupuestos estructurales del actuar autodeterminado en un mundo complejo (y son, además, indicadores de que los que tienen que decidir se toman en serio los intereses en los que se encuentran). Sin esta orientación es imposible desde un principio una intromisión dirigida a un fin en las constataciones de otros.

La misma función desempeña la formación en el ámbito personal. Ayuda a los seres humanos a plantear cuestiones acertadas, a conocer con más detalles objetos ocultos, a iluminar caminos oscuros, a pedir y juzgar consejos, a comprobar razones y afirmaciones, a prever consecuencias, a afirmarse frente a la crítica y a la seducción que ejercen otras personas y a decidir de forma consciente sobre los propios intereses. Esta cualidad es un presupuesto personal de la acción autodeterminada en nuestro tiempo. Sin ella los seres humanos apenas podrían hoy emitir sus propias opiniones, encontrar su propio camino y seguirlo. Sin ella, pronto caerían en el engaño y serían víctimas de la superior inteligencia de otros; o se dejarían llevar a mundos que no tienen nada que ver con ellos, desperdiciando así sus posibilidades.

Como he dicho, esto no es más que un esquema; y, por tanto, breve y a grandes rasgos. Pero muestra a dónde puede llevar el viaje con la autodeterminación: a cuidar que sus presupuestos se adapten a los tiempos actuales, a lo concreto y a ponderar con cuidado.

## 5. RESUMEN

La autodeterminación es, en su forma y espesor cambiante, un elemento integrante de nuestra vieja cultura europea. Sus promesas y su praxis amenazan con desaparecer y debilitarse bajo la globalización y la complejidad. Hay, sin embargo, razones y caminos para comprenderla adaptada a los tiempos actuales y preservarla.







# 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 originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección de la coordinadora de la revista ([teoria@tirant.es](mailto:teoria@tirant.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 a informes internos por parte del Consejo editorial e informes externos anónimos. 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.

## III. ENVÍO DE ORIGINALES

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección [teoria@tirant.es](mailto:teoria@tirant.es) o por correo tradicional, enviando una copia impresa y soporte digital a al 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.

Como excepción y dada la naturaleza de sus funciones en el caso de la coordinación únicamente será necesario cumplir el tercer requisito.



