teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

La crisis del Estado de las autonomías

INCLUYE ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DEL FONDO COMPLETO DE LA REVISTA

Sumario

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO nº 19/2016

nº19

tirant lo blanch

ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DEL FONDO COMPLETO DE LA REVISTA

Para acceder a la visualización Online del fondo completo de la revista envíe un correo electrónico a atencionalcliente@tirantonline.com con la siguiente información:

– Código promocional oculto en esta página

– Título y número de la revista

A continuación recibirá un correo electrónico con las claves e instrucciones de acceso

Código Promocional

Rasque para visualizar

* También puede realizar la compra del e-book a través de su librería

No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 19/2016
teoriayderecho.tirant.com
teoriayderecho.com

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)
PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción
Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151
E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: http://teoriayderecho.tirant.com; http://teoriayderecho.com

Correspondencia
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita
Tirant lo Blanch
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Telfs.: 96/361 00 48 - 50
Fax: 96/369 41 51
Mail: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
ISSN: 1888-3443
Depósito legal: V - 2840 - 2007
Diseño y maquetación: Tink Factoría de Color

SUMARIO

DEBATE

La crisis del Estado de las autonomías

Dirigido por Marc Carrillo

ESTUDIOS

VARIA

SUMMARY

DISCUSSION

The crisis of the autonomous state

Dirigido por Marc Carrillo

STUDIES

VARIA

DEBATE

La crisis del Estado de las autonomías

PRESENTACIÓN

Marc Carrillo
Catedrático de Derecho constitucional
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

1. La configuración constitucional de la descentralización política del Título VIII de la Constitución fue, en lo esencial, un pacto de indeterminaciones jurídicas que el constituyente de 1978 acordó a fin de construir el consenso político necesario para aprobar la Constitución. El objetivo principal fue incorporar al texto constitucional un marco normativo que diese cobertura a la inserción de Cataluña y el País Vasco en la España democrática, que iniciaba entonces su andadura tras los cuarenta años de dictadura franquista. Libertad y autonomía política eran dos elementos de un binomio que resultaban inescindibles en la construcción del nuevo Estado democrático.

Estas indeterminaciones se proyectaban especialmente sobre el mapa de las comunidades autónomas que integraban el Estado —y del que nada se decía—, es decir, sobre el sistema de distribución de competencias entre estas y el Estado y la financiación de los nuevos entes políticos, hasta el punto de que, desde los primeros tiempos, ha sido un lugar común en la doctrina hablar de la desconstitucionalización del sistema constitucional de autonomías políticas. Y ciertamente es así, ya que, a casi cuarenta años de la aprobación de la Constitución, esta sigue sin concretar cuáles son las comunidades autónomas en las que distribuye el poder político; el sistema competencial ha sido conformado a través de las leyes aprobadas por las Cortes Generales y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el sistema de financiación de régimen general depende de la LOFCA y el de régimen especial para el País Vasco y Navarra es tributario de su actualización por ley cada cinco años.

En todo caso, hay una realidad irrefutable: los casi ocho lustros transcurridos de régimen democrático descentralizado han hecho que el llamado Estado de las autonomías sea ya una realidad irreversible en el panorama constitucional. Su rápida configuración, sobre todo si se compara, por ejemplo, con la lenta implantación de las regiones en Italia, ha hecho que el ciudadano disponga de una administración intermedia entre el municipio y el Estado que gestiona una serie importante de competencias y un presupuesto del que en buena parte ha dependido la configuración del Estado social en España.

Sin embargo, las indeterminaciones antes mencionadas en cuestiones competenciales han provocado una conflictividad residenciada en la jurisdicción constitucional, que ha adquirido un excesivo e inconveniente protagonismo. A modo de ejemplo, la determinación de la línea divisoria entre lo que forma parte de la legislación básica que se atribuye en exclusiva al legislador estatal y la ley de desarrollo que corresponde al autonómico no ha sido tarea fácil, sino más bien una fuente permanente de conflictos. Por otra parte, también la *vis* expansiva mostrada reiteradamente por la legislación básica ha devenido una soterrada vía de armonización competencial en favor del marco competencial reservado al Estado.

Los conflictos competenciales se han acrecentado, además, con los efectos expansivos de la reiterada utilización por parte del legislador estatal, fuese del color político que fuese, de los llamados títulos competenciales horizontales o transversales del artículo 149.1 de la Constitución, en especial los contemplados en

las cláusulas 1ª —relativa a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en cumplimiento de los deberes constitucionales— y 13ª —referida a la regulación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica—. Si a ello se añade un sistema muy deficiente de colaboración vertical entre el Estado y las CCAA —y también de la cooperación horizontal entre estas últimas—, el resultado es un sistema descentralización política con evidentes problemas estructurales que, con carácter general, han lastrado su funcionalidad constitucional y su eficacia. Tales problemas han mediatizado asimismo el alcance efectivo de la autonomía política, hasta el punto de que, ya desde la década de los noventa del siglo pasado, han generado una progresiva insatisfacción en las CCAA con mayor tradición de autogobierno, que denuncian —sobre todo en Cataluña— la baja calidad de la autonomía política alcanzada. Por razones ciertamente distintas, este fue el caso el País Vasco, que condujo al Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi aprobado por el Parlamento Vasco en 2004 (Plan Ibarretxe), texto que no superaría el trámite parlamentario en las Cortes Generales, y también el de Cataluña tras la aprobación de la reforma del Estatuto de 1979 por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña, desactivada posteriormente por la STC 31/2010.

Los efectos políticos de dicha sentencia, el movimiento soberanista iniciado desde 2012 en esta comunidad autónoma y las propuestas secesionistas formuladas posteriormente por las instituciones representativas catalanas han incentivado, especialmente en la doctrina —y, recientemente, también en la esfera política—, la tesis de la necesidad de reformar la Constitución.

En el primer mandato del Presidente Rodríguez Zapatero ya se planteó un proyecto de reforma que no fue más allá del relevante informe del Consejo de Estado de 2005, entonces presidido por Francisco Rubio Llorente. En el seno del debate académico, la revisión constitucional se ha planteado como una necesidad de adaptar algunos de sus contenidos a las nuevas realidades. Pero resulta innegable que la situación catalana ha sido el factor que ha empujado a que la cuestión se sitúe ya en el primer renglón de la agenda política. Este rol protagónico viene avalado, de un lado, por el resultado de las elecciones autonómicas catalanas del 27 de septiembre de 2015, que después de un tortuoso proceso de investidura han configurado un gobierno independentista en Cataluña, y, de otro, por el contexto que ha rodeado a las elecciones generales del pasado 20 de diciembre de 2015. El resultado de las mismas y el incierto proceso de negociaciones para la investidura de un presidente de gobierno confirman, en el momento de redactar estas líneas (febrero de 2016), que la cuestión catalana ha provocado que la reforma sea ya vista por una parte de los actores políticos como una necesidad ineludible.

Una reforma de la Constitución no solo para hacer frente al paso de casi cuatro décadas sin abordar la necesaria puesta al día de la norma fundamental, excepción hecha de las dos modificaciones realizadas por razones mandatos europeos de los artículos 13.2 CE y la muy relevante del artículo 135. La reforma se plantea ahora también para dar respuesta al reto que supone que, tras el resultado de las elecciones autonómicas, las instituciones de Cataluña manifiestan la voluntad de desvincularse del conjunto de España y de crear un Estado propio.

2. Los trabajos que siguen a estas páginas introductorias responden a una cuestión que *Teoría & Derecho* ha planteado en los términos siguientes: ante la constatación de los signos de agotamiento que muestra el Estado de las autonomías como forma de descentralización política establecida por el constituyente de 1978, ¿cuáles podrían ser las vías de reconducción constitucional de la situación?

Los siete profesores de Derecho público convocados a su sección de «Debate» por la

revista hemos respondido al tema propuesto por la dirección de la misma bajo la coordinación de quien, además de un texto doctrinal, firma también esta introducción. La procedencia académica de todos ellos corresponde a las áreas de Derecho constitucional y Derecho administrativo de diversas universidades españolas (Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana, Cataluña y País Vasco).

Los planteamientos que una buena parte de los autores defienden para dar respuesta a la cuestión orbitan, con diferencias y matices, alrededor de propuestas de carácter federal. En un orden distinto se sitúa otro enfoque del problema, que se detiene en el análisis de los límites del principio constitucional de la soberanía y sus posibilidades, así como en el alcance de la convocatoria de un referéndum en Cataluña. Un planteamiento distinto, de carácter mixto, consiste en articular una solución constitucional basada en una propuesta de reforma general del Título VIII de la Constitución con el añadido de una disposición adicional específica para Cataluña al objeto de superar las disfuncionalidades denunciadas del sistema autonómico y optar por un régimen particular para Cataluña en algunos aspectos de su autogobierno**.** Finalmente, el debate escrito incorpora otra opción en la que se examina la demanda de secesión en esta comunidad autónoma en el marco del principio democrático superador de los límites establecidos por la Constitución, pero que al mismo tiempo se complementa con una propuesta de reforma constitucional en clave de reconocimiento plurinacional como alternativa a la secesión.

3. A modo de síntesis introductoria de las diferentes propuestas jurídicas alternativas frente al agotamiento del sistema constitucional de distribución territorial del poder político, debe destacarse que el planteamiento de corte federal resulta predominante.

Así, desde el reconocimiento de la urgencia por iniciar la reforma constitucional en clave federal se sostiene que es preciso clarificar la distribución de competencias, mejorar las relaciones de colaboración, regular con mayor densidad la Constitución financiera, construir un Consejo de las Comunidades Autónomas, y alcanzar pactos lingüísticos y sobre la complejidad nacional de España (García Roca).

En una línea relativamente similar, se propone que la respuesta a la crisis funcional al agotamiento del Estado autonómico requiere una reforma constitucional de cuño federal en la que se lleve a la Constitución el reparto de poderes entre el Estado y las CCAA, la reforma del Senado y los principios básicos del modelo de financiación. Pero al mismo tiempo se añade que la reivindicación secesionista catalana exige una respuesta política y jurídica que debe concretarse en un reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado español y de la singularidad catalana, sin descartar un referéndum previo consultivo a celebrar en Cataluña en el que se pregunte sobre la posible separación de Cataluña de España (Tornos Más).

En este mismo plano, otro autor considera que la crisis del Estado de las autonomías debe afrontarse por la vía de los referentes que ofrecen los sistemas federales más solventes de nuestro entorno. En este sentido, y con respecto al proceso secesionista catalán, se afirma que este no es la causa, sino el efecto de la crisis del Estado autonómico, de tal forma que no sería comprensible sin la incapacidad para resolver de forma suficientemente satisfactoria los problemas que se habían venido poniendo de manifiesto, en especial el relativo a la financiación (López Basaguren).

Desde una perspectiva federalista distinta, se sostiene que las Constituciones democráticas de España (1931 y 1978) no han trazado con acierto el asunto de la distribución territorial del poder porque han negado la realidad de un Estado en el que conviven distintos sentimientos nacionales. Por ello, solo a través de un federalismo «emotivo», es decir, que trabaje por la unidad, a partir de la idea de lealtad federal se puede establecer otro vínculo alternativo de pertenencia. Para lograrlo, más importante que incorporar instituciones típicas de

un Estado federal es reconocer la diversidad y generar una verdadera cultura federal en la que la igualdad sea el resultado de una buena gestión de la diferencia (Caamaño Domínguez).

Otro planteamiento se centra en el problema teórico de la soberanía y los límites del referéndum. De acuerdo con este punto de vista, se considera que la propuesta independentista catalana y su rechazo a la Constitución de 1978 recuerda a un problema constitucional que España arrastra desde 1812: la cuestión de la soberanía. A este respecto, el reparto de la soberanía, originariamente única e incondicionada, para dar lugar al nacimiento de un nuevo Estado es una operación solo concebible en casos extremos que no se plantean en las democracias avanzadas europeas. Por otra parte, el autor que defiende esta postura señala que una futura reforma de la Constitución podría prever una cláusula de intangibilidad referida a la organización territorial del Estado. Y en relación con la posibilidad de que se celebre un referéndum de autodeterminación en Cataluña, sostiene que ello es constitucionalmente posible, pero siempre que la consulta quede limitada a su territorio para que los ciudadanos ratifiquen un nuevo estatuto. Si se tratase de otro tipo de referéndum, al margen de las facultades de los ciudadanos de un solo territorio, el referéndum territorial debería ser simultáneo a otro celebrado a escala estatal (Muñoz Machado).

Una visión distinta del problema se identifica con el planteamiento jurídico de la secesión planteada por las instituciones catalanas y su impacto en el sistema constitucional español. Tomando como referencia este contexto, se exponen los límites constitucionales al reto secesionista, así como una aproximación comparada a los procesos de secesión en contextos liberal democráticos para concluir perfilando una teoría de la secesión en un marco democrático y de rigidez constitucional con el trasfondo de las últimas evoluciones sobre cuestiones relativas a la creación de Estados en Derecho internacional público. Esta posición, sin embargo, no es obstáculo para perfilar una propuesta de reforma constitucional orientada a reforzar el reconocimiento plurinacional como alternativa a la secesión (López Bofill).

Finalmente, otra alternativa constitucional ante al agotamiento del sistema autonómico, especialmente con respecto a las aspiraciones de autogobierno en Cataluña tras la STC 31/2010 sobre la reforma estatutaria de 2006, queda concretada en la propuesta de que, en el marco de una reforma general del Título VIII de la Constitución, se prevea la inclusión una disposición adicional específica para Cataluña. Su contenido habría de ser más detallado que el actualmente previsto para los territorios forales del País Vasco y Navarra (Disposición Adicional Primera CE), y debería hacer referencia específica a la garantía funcional de algunas materias competenciales, el sistema de financiación, el plan de inversiones del Estado y el régimen lingüístico (Carrillo).

LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL: UN BUEN CAMINO ENTRE SECESIÓN E INMOVILISMO

A FEDERAL REFORM OF THE CONSTITUTION: A PATH BETWEEN SECESSION AND THE FEAR OF MOVING FORWARD

Javier García Roca

Catedrático de Derecho constitucional
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Es necesario y urgente iniciar una reforma de la Constitución en clave federal por razones técnicas y de legitimidad democrática. Pero debe hacerse sin prisas, mediante un procedimiento constitucional adecuado caracterizado por la transparencia, la deliberación, la participación de las minorías y el asesoramiento de expertos. Debemos cerrar la Constitución en la Constitución, y no en un inmenso bloque de la constitucionalidad, aprovechando la experiencia para corregir defectos. Es preciso clarificar la distribución de competencias, mejorar las relaciones de colaboración, regular con mayor densidad la Constitución financiera, construir un Consejo de las Comunidades Autónomas, y alcanzar pactos lingüísticos y sobre la complejidad nacional de España. Es un camino difícil pero sensato; basta llegar hasta donde se pueda. No hay otro. La secesión de Cataluña sería una aventura costosa y un viaje a ninguna parte. El inmovilismo, un lento suicidio y una grave irresponsabilidad.

PALABRAS CLAVE

Reforma federal de la Constitución, Estado autonómico, Distribución de competencias, Relaciones de cooperación, Financiación de las Comunidades Autónomas, Senado, Pluralismo lingüístico, ¿Derecho a decidir?

ABSTRACT

There is a clear need to promptly reform the Constitution in a federal sense, both for technical and democratic reasons. But this task must be carried out slowly, following a regular constitutional procedure inspired by the principles of transparency, deliberation, the participation of minorities and independent experts' expertise. We must close the Constitution inside the Constitution and not in a broad constitutionality block, learning from our experiences and seeking to repair the defects. We need to clarify our division of territorial jurisdiction, to better relations of cooperation, to introduce financial norms, to build an Autonomous Communities Council, to reach covenants in the use of languages and on the Spanish nation complexity. It will not be easy, but could be enough if we walk part of the way. There is no other path. Catalonia´s secession would be an expensive adventure and a long trip to no man´s land. Not to move, would be like committing a suicide, a serious irresponsibility.

KEY WORDS

Federal amendment of Constitution, State of the Autonomous Communities, Distribution of jurisdiction, Relations of cooperation, Resources of Autonomous Communities, Senate, Linguistic pluralism, Right to decide?

LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL: UN BUEN CAMINO ENTRE SECESIÓN E INMOVILISMO

Javier García Roca
Catedrático de Derecho constitucional
Universidad Complutense de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Una reflexión sobre la crisis del Estado de las autonomías, en estos días, no puede desentenderse del momento constitucional que debería suponer la XI legislatura. Son tiempos de reforma constitucional, si razonamos en línea de principios. En realidad, lo son hace mucho, por más que el generalizado acuerdo académico (García Roca y Albertí, 2010) y un consenso social muy mayoritario, aún mayor en Cataluña, no acabe de plasmarse en una mayoría de gobierno. Esbozaré unas pautas que justifiquen una reforma constitucional en materia territorial y al tiempo la orienten. Se trata de una síntesis del estado de la cuestión no exenta de compromiso con la transformación de la realidad y la regeneración de las instituciones, pautas que, junto a otros autores, he sugerido desde hace tiempo (García Roca, 2014). Muchas coinciden con diversas propuestas doctrinales y algunas han sido ya recogidas en algunos programas electorales.

Una reforma constitucional que genera un consenso social y doctrinal debería dar un salto y alcanzar acuerdos parlamentarios. Aunque inicialmente solo pueda tratarse de un «compromiso de compromiso», es decir, una obligación de resultado de llevar la reforma a buen puerto, así como de ir aprobando la «reforma por paquetes» a medida que se alcancen acuerdos parciales, si no fuere posible una transacción más general. Un consenso detallado solo se puede lograr tras la tramitación de un procedimiento y una amplia discusión, y no como condición previa, al igual que en 1978. Los políticos no deben desentenderse de la mayoría del pueblo cuando manifiesta claramente su voluntad porque esa es una forma de ejercicio directo de la democracia. La *iuris prudentia* es a veces la *iuris audatia*: reclama valentía y determinación. El verdadero pacto

constituyente, el pacto de Estado, es siempre el acuerdo entre enemigos y no entre amigos (Pérez Tremps, 2015) o, mejor, entre adversarios políticos. Quien por sus temores o solipsismos se quede fuera, cometerá un error político que cada vez le será más difícil de justificar. La falta de empatía es un desacierto en un escenario constitucional, y situarse al margen del resto es una extravagancia que nadie puede permitirse, con mayor razón cuando las mayorías absolutas han desaparecido.

2. LA NECESIDAD DE LA REFORMA, LOS DEFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN Y EL VALOR DEL PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL

La reforma de la «constitución territorial» es el único camino seguro entre dos aventuras peligrosas: la secesión y el inmovilismo, la primera revolucionaria, la segunda reaccionaria, pero ambas igualmente insensatas. La independencia entrañaría unos costes de transacción impagables a medio plazo y más aún si no fuera fruto del acuerdo, sino de una voluntad unilateral de secesión. Un daño irreparable para ambas partes. No existen razones objetivas de peso para la independencia de una Cataluña que fue parte activa en la creación de una unión de reinos hace nada menos que cinco siglos (Vidal-Folch, 2013; Borrell y Llorach, 2015). La plena soberanía y la independencia estatal no existen en la Unión Europea: son un camino hacia ningún lugar que entrañan gastos de todo tipo. Pero no menos suicida es el inmovilismo, parapetarse tras la Constitución sin acometer cambios y devaluar día a día su eficacia y valor normativo mientras los más jóvenes discuten la representatividad del sistema y la calidad de la democracia. Las instituciones van deteriorándose y la secesión gana partidarios en Cataluña porque no se afronta el diseño de un nuevo encaje territorial. Cualquier política conservadora reclama un mantenimiento de las instituciones, como aprendimos de Burke.

Los expertos hemos advertido desde hace lustros (García Roca y Albertí, 2010), y con particular énfasis durante la X legislatura, que la reforma de la constitución territorial es conveniente y urgente. Ahora bien, debe hacerse sin prisas, respetando la lógica garantista de un procedimiento constitucional deliberativo y participativo para que procure los beneficios que previsiblemente comportará: amplia legitimidad democrática, mejor integración política y regeneración de las instituciones. Es preciso reinventarnos desde una nueva voluntad de transacción para seguir viviendo «en» Constitución.

La experiencia de la reforma del artículo 135 CE, si bien demostró que la revisión es posible, evidenció igualmente que una decisión de tanta enjundia no puede hacerse a la carrera —por el procedimiento de urgencia y en lectura única— sin incurrir en una contradicción en sustancia. No basta votar y alcanzar una mayoría cualificada: lo importante es deliberar. Toda buena reforma reclama un equilibrio entre dinámica y estabilidad, y ello requiere unas formas. No es de extrañar que al apresurado reformador de 2011 se le olvidara lo más importante: singularizar los controles sobre las comunidades autónomas e identificar la autoridad que debería verificar los objetivos de déficit y deuda; extremos que quedaron al albur de un controvertido desarrollo legal (García Roca y Martínez Lago, 2013). Las prisas son malas consejeras.

Las reformas constitucionales reclaman transparencia, deliberación, participación de las minorías y no solo la decisión de mayorías cualificadas, así como la audiencia de expertos independientes. No la unanimidad, que es incluso desaconsejable: quienes carezcan de suficiente empatía constitucional deben tener la oportunidad de participar, pero pueden autoexcluirse. Con mayor razón en la descentralización, pues todo federalismo demanda una transacción permanente, a diferencia del siste-

ma parlamentario, en el que puede bastar la alternancia.

La Constitución de 1978, ubicada en el difícil contexto en que fue aprobada, solo puede merecer una muy *positiva valoración*. Sorprenden algunos ataques que recibe, descontextualizados, anacrónicos y, por ello, injustos. Es la constitución que mayor estabilidad y progreso nos ha dado y tiene muchas cosas que no hace falta corregir. Nunca hubiéramos imaginado, durante la larga dictadura, la modernidad que hemos alcanzado. Pero cualquier ley envejece si no es sometida a mantenimiento. La enumeración de algunos de los defectos de nuestra Constitución que haré no tiene, pues, otro afán que contribuir a su defensa y actualización. No podemos volver a las bárbaras prácticas de nuestro constitucionalismo histórico y continuar edificando una constitución sobre las ruinas de la anterior. Nada sólido puede asentarse sobre esas maneras salvajes. Ajustar el Derecho codificado —también el de rango supremo— es una práctica racional e ilustrada que siguen los países de nuestro entorno. Edificar una nueva constitución que sustituya a la actual tras un «proceso constituyente» desprovisto de herencias no es un camino fundado en una economía de esfuerzos ni una actitud prudente ni conciliadora; sería empezar con mal pie. Rubio Llorente ha advertido que es difícil encontrar un procedimiento más abierto a la participación ciudadana que el del artículo 168 CE, y que la mayoría de los ciudadanos no apoyaría un «poder constituyente originario». No hay otra manera de redactar una constitución que alcanzar un mínimo denominador común.

Recordemos algunos de los defectos de nuestra constitución territorial para convencer a quienes sostienen que la reforma no es necesaria. Es una *constitución abierta e imprecisa,* a diferencia de una buena constitución federal, cerrada e indisponible por las constituciones de los Estados. Pedro Cruz Villalón (1981) llegó a decir que está desconstitucionalizada la forma territorial del Estado. El inmenso bloque de la constitucionalidad que entrañan las normas de diecisiete estatutos de autonomía y decenas de leyes estatales apenas es liderado por unos pocos principios y reglas constitucionales, no siempre con suficiente densidad, unas normas, además, no basadas en la experiencia, circunstancia que les resta eficiencia. Tenemos un bloque de la constitucionalidad hipertrofiado y en constante modificación, sometido a sucesivas reformas estatutarias y legales en las que anidan contradicciones e imprecisiones. Este estado de las cosas genera numerosas controversias competenciales e inseguridad jurídica. Cualquier aplicador del Derecho puede narrar experiencias que revelan que a menudo invertimos más tiempo en discutir y averiguar quién tiene la competencia que en ponernos de acuerdo en la regulación sustantiva conveniente. Es un sistema competencial ineficiente que dificulta la legislación y posee elevados costes. En cuatro décadas, el cuerpo del bloque de la constitucionalidad ha ido creciendo mucho sin que la pequeña cabeza que entraña la Constitución haya sido puesta al día y esto dificulta que cumpla su función dirigente. Ausente el poder de reforma constitucional por su falta de diligencia, cientos de sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional han ocupado su lugar (García Roca, 2011). El intérprete supremo de la Constitución ha realizado numerosas exégesis, más o menos acertadas, generando a veces verdaderas mutaciones constitucionales, tampoco exentas de inseguridades y contradicciones. Resulta imposible retener los estándares jurisprudenciales en la cabeza. Se trata de un círculo vicioso del cual hay que salir: normas constitucionales demasiado abiertas e imprecisas y sometidas a exégesis no menos complejas y ambiguas.

La implementación del Derecho de la UE deviene muy complicada y lenta, y resulta casi imposible cuando afecta a la distribución interna de competencias. Recuérdese el episodio de la Directiva Bolkenstein sobre la desregulación de los servicios en el mercado interno, casi se consumió el tiempo para la implementación sin alcanzarse los acuerdos necesarios. Tampoco la participación de las comunidades autó-

nomas en la fase ascendente y de creación del Derecho de la Unión está bien organizada; así, la CARUE hace mucho tiempo que ni siquiera se reúne. La distribución de competencias y la colaboración no son eficientes de cara a la integración europea tanto en el plano ascendente como en el descendente.

En efecto, las *relaciones de colaboración y cooperación* resultan mejorables y demandan ajustes (García Morales, Montilla y Arbós, 2006). Tenemos numerosos instrumentos activados: conferencias sectoriales, miles de convenios verticales, planes y programas conjuntos, organizaciones personificadas de gestión, etc. Pero la colaboración no es transparente y esas relaciones son bilaterales y verticales en exceso. La Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha cumplido el papel que la Constitución no realizaba, y ahora lo hace la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Pero son precisas unas normas constitucionales que contribuyan a crear una cultura e impedir la actuación de mayorías poco sensibles. La sede natural de la colaboración para alcanzar publicidad y generar políticas basadas en compromisos debería ser un verdadero Senado territorial.

En resumen, tenemos una constitución territorial excesivamente abierta, jurisprudencial, conflictiva, insuficientemente colaborativa y que produce mecanismos de decisión lentos e ineficaces. Es menester una clarificación de las reglas de distribución de competencias y de los mecanismos de colaboración para recuperar seguridad jurídica, eficiencia y, especialmente, legitimidad democrática. Esta situación repleta de inseguridades jurídicas, conflictos competenciales y contradicciones entre el tenor de los estatutos —largas y falsas listas de competencias autonómicas exclusivas— y la Constitución es el perverso caldo de cultivo en el que se retroalimentan algunos nacionalismos particularistas. Conflictividad jurídica y constante conflicto político van de la mano; desactivada la primera, los valedores del segundo deberán buscar agravios diferentes a la afirmación de que tienen un autogobierno extenso pero poco intenso y una autonomía de baja calidad.

Todos estos defectos deberían bastar para evitar también el *inmovilismo*, una peligrosa tendencia a mantener la Constitución sin cambios y a orillar las transformaciones sociales que la circundan. Pues solo se funda en arbitrismos o eslóganes electorales y entraña el riesgo de un lento suicidio, ya que produce el deterioro de la legitimidad constitucional, la fragmentación de la unidad del Estado y la desaparición de la propia Constitución al volatizarse su eficacia. Las constituciones se defienden reformándolas. La reforma es una obligación estructural de tiempo en tiempo según ilustró el clásico debate entre Hamilton y Madison sobre el periodo de vigencia de la constituciones. El inmovilismo no es una ruta sensata, sino una variante del aislacionismo o solipsismo. Si la mayor parte de los partidos defienden en sus programas electorales la reforma de la Constitución, no es razonable que la minoría mayoritaria que ostenta el Partido Popular confiera a esta formación política la interlocución exclusiva para interpretar rectamente la voluntad general (Rubio, 2015). Distintas encuestas señalan que una amplia mayoría de ciudadanos es favorable a la reforma y que una buena parte de los catalanes que se muestran partidarios de la independencia cambiarían el sentido de su opinión si se les ofreciera esta vía. Pérez Tremps (2015) ha escrito que la sentencia que rechazó el Estatuto de Cataluña de 2006 significó lisa y llanamente el rechazo de la fórmula de encaje territorial ofrecida desde Cataluña, y que el patriotismo constitucional aconseja ofrecer una alternativa sensata creada por todos los españoles para continuar viviendo juntos. Una habitación para Cataluña en una casa común reformada.

La indeterminada forma territorial del Estado, denominada por la doctrina «federo-regional» en los años ochenta, fue aceptada con pragmatismo por el constituyente para ganar tiempo y gestionar consensos. Debería evolu-

cionar hoy *en clave federal*, según su evolución lógica, una vez desaparecida como alternativa el Estado regional en Italia y en Bélgica. La confianza en el regionalismo como «un tipo de Estado intermedio entre el unitario y federal», según la frase de Gaspare Ambrosini (1933), muy repetida en nuestra constituyente pero escasamente argumentada en Derecho, ha desaparecido en Europa. La estrategia de la transferencia del consenso a momentos ulteriores mediante compromisos dilatorios —en virtud del ingenio de los constituyentes— fue un método que funcionó durante unos años, pero su virtualidad se ha agotado. Ese pragmatismo no está vivo porque después de los Acuerdos Autonómicos de 1981 y 1992 no se han creado nuevas convenciones constitucionales en nada menos que veinticuatro años. Son necesarios acuerdos constitucionales.

3. PAUTAS PARA UNA REFORMA TERRITORIAL

1. La primera es *clarificar las reglas competenciales en la Constitución*. Debemos revisar nuestras materias competenciales antes que realizar importaciones fundadas en papanatismos comparados. Hoy tenemos una rica experiencia en conflictos territoriales y en el modo de solventarlos. Tenemos que plasmar ese aprendizaje a la Constitución y hacer ajustes en la norma fundamental. Las competencias del Estado deben estar en la Constitución y no en diecisiete estatutos. El modelo regional es aquí mucho más centrífugo que el federal. Precisemos las competencias del Estado en la Constitución e introduzcamos una cláusula residual conforme a la cual las competencias no atribuidas al Estado corresponden a las comunidades autónomas (Aja, 2014). Las farragosas listas competenciales de los estatutos deberían quedar hibernadas o desprovistas de eficacia. Las competencias de las comunidades autónomas no pueden ser «a la carta», según se creyó en los primeros años de desarrollo constitucional; por otro lado, deben ser estables, sin que puedan ser puestas en tela de juicio constantemente. Esta certeza normativa, por sí misma, producirá estabilidad política y amortiguará conflictos.

Es preciso pues *actualizar las listas competenciales* de los artículos 148 y 149 CE, unos preceptos mejorables que fueron escritos sin experiencia en la descentralización —más allá del breve periodo de la segunda República, que constituyó la principal fuente de inspiración en 1978—. El techo competencial de las comunidades autónomas debe estar claro en la Constitución mediante un enunciado cierto de las competencias estatales. Dado que la lista de competencias autonómicas del artículo 148 CE tiene un carácter transitorio y que el mismo apartado 2 permite la ampliación competencial transcurridos cinco años, el precepto debería suprimirse. Las competencias de las comunidades autónomas deberían ser aquellas que la Constitución no atribuya al Estado. Respecto del artículo 149 CE, pueden hacerse varias cosas: bien sustituirse por un único listado de competencias del Estado —repasando el redactado actual y abandonando las frecuentes cláusulas «sin perjuicio de»—, bien sustituirse por varias listas en las que se identifique la naturaleza y tipo de la competencia estatal. Así, la primera lista contendría unas pocas *competencias exclusivas* del Estado y la segunda las *competencias compartidas* conforme a las dos técnicas habituales: bien las normas básicas del Estado y el desarrollo legal autonómico, bien la legislación estatal y la ejecución autonómica. Sería aconsejable dividir esta lista de competencias compartidas en dos apartados, uno para cada técnica, con el fin de ganar en claridad y precisión. Podría incorporarse una tercera lista de *competencias concurrentes* basadas en una delimitación más imperfecta y la aprehensión u ocupación del terreno por la intervención estatal, como. Ocurre, por ejemplo, en materia de cultura. Los dos sistemas, lista única o tres listas, poseen ventajas e inconvenientes, pero me decanto por el segundo por su mayor certeza normativa y su más fácil

lectura por una pluralidad de operadores jurídicos con muy variadas formaciones. Algunas *materias competenciales* que fueron «olvidadas» o inadvertidas en la Constitución —protección civil, inmigración en sentido amplio, autonomía local […]— y que han sido «creadas» por la jurisprudencia deberían ser incluidas expresamente para precisar su régimen jurídico.

Sería igualmente conveniente definir esta *tipología de competencias* de acuerdo con la amplia jurisprudencia constitucional; en el mismo sentido que intentó —en sede inapropiada y con algunos desaciertos— el Estatuto de Autonomía de Cataluña, añadiendo algunas correcciones o aclaraciones que parecen necesarias —por ejemplo, sobre las bases. Toda jurisprudencia comporta una interpretación tópica y no sistemática; por ello, envejece inevitablemente. Paralelamente, sugiero redactar unas *directrices de técnica normativa* sobre la confección de las normas básicas y aprobarlas por ambas Cámaras. Se trata de frenar algunos notorios abusos: el exceso de reglamentos básicos, de regulaciones detalladas y facultades ejecutivas en vez de ordenaciones de principios, de bases no identificadas, de competencias transversales, etc. Es conveniente sentar unas convenciones sobre la forma razonable de legislar en un Estado compuesto.

En este esquema de competencias estatales nítidamente definidas en la Constitución carece de sentido mantener las *leyes orgánicas de delegación y transferencia* (artículo 150.2 CE) para flexibilizar el modelo estatutario. Son un agujero negro que ofrece la negativa imagen de una Constitución con competencias permanentemente sometidas a devolución. Las *leyes de armonización* del artículo 150.3 CE podrían también ser suprimidas por *desuetudo*, tras no usarse durante décadas y a la vista del entendimiento restrictivo del Tribunal Constitucional. En general, será necesario simplificar con minimalismo para alcanzar claridad. En cambio, el razonable uso de las leyes marco (artículo 150.1 CE) en materia de impuestos cedidos puede hacer aconsejable su mantenimiento. Esta herramienta ha encontrado finalmente su lugar.

Ningún sistema de distribución de competencias funciona sin un buen árbitro de los conflictos. Pero «interpretar» las normas constitucionales y solventar conflictos no es lo mismo que «delimitar competencias». Es tan necesario fijar un parámetro de enjuiciamiento con mayor seguridad jurídica (Montilla, 210) como recuperar la *auctoritas* que tuvo el Tribunal Constitucional mediante la regulación de un procedimiento de designación que evite las cuotas de partido y asegure la excelencia e imparcialidad de sus magistrados. Es no menos preciso impedir que no sean renovados en tiempo, abusando de las prórrogas y dañando de forma irreparable la imagen de imparcialidad del Tribunal. Estos vicios deben erradicarse.

2. Una segunda pauta es la eliminación del *principio dispositivo y* del *Derecho transitorio impropio*, es decir, aquellas normas constitucionales encaminadas a poner en marcha inicialmente el Estado autonómico y cuyo uso se ha agotado al desaparecer los supuestos de hecho en que podrían aplicarse (artículos 143, 144, 146, 147.2, 148.1 y 151 CE). Todo ello en la línea de las recomendaciones del informe del Consejo de Estado y de diversos autores.

Más enredada, pero aún más necesaria, es la supresión del principio dispositivo, pieza clave de los diseños constitucionales de 1978 y de 1931 y pensado en su momento para un regionalismo entendido como excepción. Su aplicación generalizada, fuera del contexto de la excepcionalidad, ha producido un resultado disfuncional porque ha mantenido estructuralmente abierto el Estado autonómico y ha generado un interminable proceso devolutivo. Ningún Estado puede funcionar así mucho tiempo. El principio dispositivo ha acabado incluso conectado al mismo derecho a decidir, pues es su epígono lógico: la voluntad de cada comunidad de decidir no solo el acceso al autogobierno y el *quantum* y *quandum* competencial, sino la misma voluntad de permanecer

en el Estado, un evidente salto en el razonamiento. Generalizado el modelo en diecisiete comunidades autónomas, la finalidad de este principio ha desaparecido. El principio dispositivo pugna con la lógica de *ius cogens*, que es inherente a las normas constitucionales, y genera asimetrías innecesarias y costosas en las asunciones competenciales y procesos de transferencias. El Estado no puede tener un rostro distinto en cada comunidad.

Desaparecida toda transitoriedad, los *traspasos de las competencias* deben cerrarse cuanto antes mediante una lógica objetiva basada en la buena organización del Estado, no de manera bilateral y dependiendo de la voluntad de la clase política de cada comunidad —una voluntad fundada en el cálculo de los beneficios electorales de las nuevas asunciones competenciales, en las transacciones necesarias a toda mayoría para aprobar las leyes estatales o en la venta de las competencias en almoneda, como varias veces ha ocurrido—. El proceso de transferencia reclama multilateralidad, responsabilidad, sentido de Estado y un plazo preclusivo. Abandonado el principio dispositivo, sería absurdo plantearse la devolución unilateral de algunas competencias por una comunidad, porque la transferencia no depende del interés de cada comunidad, sino del conjunto del Estado.

3. Fortalecer la *autonomía municipal y suprimir las diputaciones provinciales.* El artículo 137 CE esboza sin detalles un «Estado de tres términos» que articula en «municipios, provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan». Asentada la generalización en comunidades autónomas, debe suprimirse ese inciso transitorio y asumirse que el gobierno del interés local no puede diseminarse en municipios, mancomunidades, consorcios y provincias… Debe focalizarse allí donde existe un gobierno local representativo: el municipio. La supramunicipalidad puede estar en las comunidades autónomas, amén de en el asociacionismo local, con la voluntad de no duplicar cargos públicos y administraciones sin competencias precisas.

Parece conveniente la supresión de las *diputaciones provinciales* después de casi décadas de debates e inseguridades. Carece de sentido que el modelo asumido en una legislatura popular por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalidad y Sostenibilidad de la Administración Local, e impugnado ante el Tribunal Constitucional, sea radicalmente diverso que el intentado en la anterior legislatura socialista por el proyecto de ley de gobierno y administración locales, que no llegó a aprobarse. En la descentralización son necesarios acuerdos estables y preferentemente plasmados en normas constitucionales. Tampoco es ocioso recordar que tenemos una *planta local* con más de 8000 municipios. Un mapa así impide tener un verdadero gobierno local en la mayor parte de los municipios e igualmente impide distribuir las competencias a tres bandas como reclamamos los municipalistas. La hipertrofia de la planta municipal y la comprensión de la autonomía local como autonomía política son cosas incompatibles. Una reforma pactada tras un buen informe técnico debería hacerse a largo plazo, aprovechando las experiencias comparadas que conocemos. Que los ciudadanos se identifiquen con su pueblo no es lo mismo que tener una administración relevante en cada uno de ellos.

4. Es preciso mejorar las *relaciones de colaboración y coordinación*. No es que no tengamos numerosos acuerdos de colaboración, consorcios, planes y otros instrumentos. Sin embargo, la colaboración no es transparente y su regulación no es eficaz. Debería mejorarse haciendo del Senado (o Consejo de las Comunidades Autónomas) su sede natural. Es preciso revisar la experiencia adquirida desde la Ley 30/1992, como ya ha tratado de hacerlo el legislador mediante la aprobación de la nueva Ley 40/2015, e introducir algunas normas constitucionales; por ejemplo, suprimir el rígido mecanismo de autorización de convenios entre comunidades autónomas dispuesto en al artículo 145.2 CE, según ha sugerido el informe del Consejo de Estado y antes numerosos autores.

Vista la ineficacia de la *colaboración horizontal* entre comunidades autónomas —un problema endémico al que quizás no sean ajenas las tensiones provocadas por algunos nacionalismos en las comunidades limítrofes, pues el excesivo fortalecimiento de la identidad propia tiende a provocar el aislamiento—, podría pensarse en atribuir al Estado en ciertas materias (por ejemplo, protección civil, administración al servicio de la administración de justicia…) unas facultades expresas de *coordinación* que permitan un funcionamiento adecuado del sistema. Desechar la coordinación cuando la colaboración espontánea no funciona no es razonable. Esta facultad puede además practicarse de manera no necesariamente autoritaria, sino mediante el diálogo y la autoridad que otorgan las razones objetivas y las soluciones negociadas.

5. Otra pauta es la reforma del *Senado* para edificar una *Cámara de representación territorial*. Frente a las ironías de algunos, que afirman que no pueden representarse hectáreas, y la simplicidad de otros, que pretenden suprimirlo, sugiero razonar desde el principio. Existen dos cláusulas constitucionales plenamente lógicas: «representación del pueblo español» en el Congreso *versus* «representación territorial» en el Senado (artículos 66.1 y 69.1 CE). Pero ambas ideas solo pueden ser comprendidas desde su contraposición si pretendemos justificar el bicameralismo desde la perspectiva territorial. Difuminar las fronteras entre ambas representaciones hasta hacerlas iguales solo conduce a reproducir en el Senado una representatividad análoga a la del Congreso y, por consiguiente, a hacer superflua la existencia de una cámara alta. Conforme a la cultura del constitucionalismo, la representación política o popular debe basarse en tres pilares: a) *elecciones* libres, regulares y periódicas; b) *libertad de mandato* de los representantes para conjugar los intereses y los deseos de los representados y construir la representación con la mediación de los partidos políticos; y c) *ámbito nacional* de la representación.

Una delimitación en negativo de la representación territorial debería llevar justamente a lo contrario: a) fundarse no en la elección popular por ciudadanos sino en la *designación* de los senadores por los órganos de las comunidades autónomas (gobiernos o parlamentos); b) permitir la erección de un *mandato imperativo* que ligue estrecha y directamente a los representantes a los intereses de los representados (las comunidades autónomas) y a sus instrucciones; c) aunar una *doble representación,* nacional y de una comunidad, una dualidad de la que se desprende como corolario una cultura federal basada en el compromiso de alcanzar acuerdos técnicos constantes sobre una pluralidad de leyes mediante transacciones recíprocas.

Sentada esta idea, no parece difícil resolver qué funciones deberían atribuirse al Senado: todas aquellas que reclamen el consentimiento que emana de una representación territorial (Aja, 2014). Primero, las *leyes de impacto territorial* que deben ser enumeradas por tipos en un listado constitucional. Su discusión comenzaría en el Senado. Debe preverse una comisión de mediación que resuelva los conflictos entre ambas cámaras cuando la ley territorial pueda ser obstaculizada por el Senado. Pero, en la mayor parte de los casos, debe primar la voluntad del Congreso como cámara de representación popular.

También debería el Senado ocuparse con preferencia y especialización de las *leyes de financiación* y de los tributos cedidos. Es muy importante que el reparto de los fondos que realiza el Consejo de Política Fiscal y Financiera mediante abstrusas ecuaciones que impiden a la ciudadanía conocer cómo funcionan las instituciones se discuta y explique con publicidad y debate en el Senado, manteniendo informada a la opinión pública. El fantasma del llamado «expolio fiscal» de una comunidad podría desmontarse evidenciando la existencia de pequeños desajustes de décimas que pueden corregirse a medio o largo plazo (Vidal-Folch, 2013; Borrell y Llorach, 2015).

Este consejo debe ser asimismo la sede natural de todos los órganos y mecanismos de *colaboración y cooperación*, —entre otros, la treintena de conferencias sectoriales—, que realce su importancia y propicie sinergias. Un lugar donde los gobiernos autonómicos se relacionen constantemente, negocien sobre una pluralidad de leyes y adviertan defectos estructurales es una buena sede para iniciar la colaboración sobre los problemas que se detecten.

Por último, el Senado debe permitir a las comunidades autónomas *participar en las decisiones de la Unión Europea* y facilitarles una información que sustituya el vaciamiento competencial, cuestión que ocupará buena parte de su agenda. La Constitución nada dice al respecto, pero las regiones han conseguido participar en otros sistemas en los que hay una cámara territorial y el Parlamento y el Gobierno se comprometen a tener en cuenta su dictamen e integrarlas en los foros estatales que participen en el proceso europeo (González Pascual, 2013: 16-17).

Solo después deberíamos afrontar el problema de la *elección* o *designación del Senado* para que su composición se corresponda con la naturaleza de sus funciones. Si los partidos políticos abordan primero el sistema de elección mediante el cálculo de sus escaños, el problema deviene irresoluble. Esta actitud revela falta de sentido histórico y de Estado. Los cálculos coyunturales rompen una oportunidad de integración constitucional y a la larga salen muy caros.

Parecen ser tres las modalidades de Senado que cabría discutir. Un Consejo de las Comunidades Autónomas, al modo del *Bundesrat* alemán, en el que los senadores sean designados por los gobiernos autonómicos entre sus miembros y se mantenga una proporción con la población de la comunidad, pero sin sobrepasar un umbral de diferencias que guarde un equilibrio típicamente federal entre comunidades grandes y pequeñas. Estos senadores podrían variar en función de su especialización en el tema, lo que facilitaría compromisos técnicos en vez de enfrentamientos políticos, según ha mostrado la experiencia alemana. La transacción en la defensa de los intereses autonómicos, sin segregarlos del general, y el mejor conocimiento de los asuntos, están mejor resueltos en este modelo, pero produciría el voto en bloque con mandato imperativo de los senadores de una comunidad. Podría pensarse como variante la creación de una Conferencia de Presidentes, seguir las pautas del Consejo de Ministros de la Unión Europea o cualquier otra fórmula semejante y de inspiración gubernamental.

Cabría asimismo diseñar un Senado donde los senadores fueran designados por los *Parlamentos de las comunidades autónomas*, extendiendo la práctica del artículo 69.5 CE, o el ejemplo de Austria, y mantener una proporcionalidad en la representación entre mayoría y minorías de cada comunidad. La principal objeción a esta alternativa es la falta de especialización, el desconocimiento de los concretos debates legislativos por unos senadores generalistas y designados para toda una legislatura, rasgos que aminoran las probabilidades de transacción. Más que una representación territorial, sería una representación popular mediante elección indirecta y de segundo grado que no resolvería el problema.

Finalmente, no faltan quienes defienden la *elección directa en las comunidades autónomas* de los senadores. El informe del Consejo de Estado estudió esta fórmula electoral cuando fue consultado al respecto, pero no asumió una perspectiva crítica desde la lógica de la división territorial de poderes. La elección ciudadana en circunscripciones coincidentes con una comunidad tiene como ventaja crear una verdadera cámara parlamentaria, pero ese es también su inconveniente, ya que, según se ha argumentado, no configura una representación territorial. Simplemente, duplicaríamos la representación popular en el Congreso, generando el riesgo de mayorías populares distintas sin que existieran razones tan claras para que prime la voluntad del Congreso, como parece conveniente. Los riesgos de *impasse* y duplici-

dades me hacen pensar que este modelo debería desecharse.

6. Es preciso regular una mínima «*constitución financiera*» para determinar compromisos sobre la solidaridad interterritorial, los mecanismos de nivelación o compensación, alcanzar cierta estabilidad y obtener una garantía financiera del autogobierno, que no puede condicionarse al albur gubernamental mediante la creación de sucesivos fondos de liquidez autonómica porque generan un sentimiento de dependencia e inseguridad. La actual desconstitucionalización del modelo, en manos de la LOFCA, no es un buen sistema. Debe preverse una habilitación y reserva constitucionales a dicha ley y reconocerse la función constitucional que cumple, pero no puede bastar con esta técnica. Se necesitan pactos.

Habría que asegurar que el cálculo de *cupo* en que se fundan las haciendas forales se haga con una metodología que impida importantes desajustes en los ingresos respecto de las haciendas de régimen común, y reconocer expresamente que deben contribuir a la solidaridad interterritorial. La metodología podría revisarse en la ley, pero las exigencias de solidaridad y proporción de los ingresos demandan normas constitucionales expresas. Se evitarían así agravios con las comunidades con mayor voluntad de autogobierno y que no tienen una hacienda foral.

Debería pactarse el alcance de la *solidaridad* y resolver si debe cubrir un nivel homogéneo de los servicios públicos o alcanzar una mínima voluntad de redistribución económica y equiparación territorial, una condición lógica en el espacio de cualquier hacienda común. Un *principio de ordinalidad,* comprendido de forma multilateral, podría jugar como límite, según ha matizado la STC 31/2010. Los recursos financieros de que disponga una comunidad deberían ajustarse para que el sistema estatal disponga de recursos suficientes para garantizar la nivelación y solidaridad con las demás comunidades; el objetivo sería que los servicios de educación, sanidad y otros puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado «siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar». Debe desarmarse el artificio «España nos roba». En cualquier espacio de integración —federal o europeo—, las comunidades más ricas aportan algo más que las otras; el problema es resolver cuánto más y durante qué plazo.

7. Ni la Constitución ni los estatutos de autonomía poseen normas lingüísticas suficientes, más allá de la declaración del *pluralismo lingüístico* como un valor (artículo 3 CE) y del importante reconocimiento de cooficialidad de las lenguas propias de las comunidades autónomas. No hay un modelo constitucional lingüístico (López Castillo, 2013), del mismo modo que no tenemos una forma territorial del Estado precisa. Pero la Constitución nos obliga a una aproximación a las lenguas con simpatía y objetividad (así lo expresó el lingüista Miquel Siguán (2014) justamente por la existencia de este pluralismo. Se trata de una comprensión cultural imprescindible. Me temo, sin embargo, no hemos avanzado suficientemente ni en Castilla ni en Aragón. No hemos aprendido esta lección constitucional. Nuestro sistema educativo debería instruir a los niños en este valor desde la infancia para que los españoles no perciban la existencia de lenguas distintas a la materna como una amenaza.

El régimen jurídico de la cooficialidad está desconstitucionalizado y fuera también de los Estatutos (García Roca, 2013*b*). Se ubica en las llamadas leyes de normalización lingüística, que no siempre responden a mayorías cualificadas y pactos estables, como ha mostrado la reciente controversia de Baleares. Esta circunstancia ha producido numerosos conflictos. La cuestión es delicada porque afecta a los sentimientos de identidad de los ciudadanos y a la integración de todos los «pueblos de España», según reconoce el preámbulo de la Constitución. Pero no es bueno que este régimen sea configurado por decisiones del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia en vez de por órganos representativos. Necesitamos visualizar

pactos lingüísticos y crear normas constitucionales y estatutarias con mayor precisión. No deberíamos hacer políticas de partido con las lenguas, sino pactos de Estado.

Es necesaria una habilitación constitucional que propicie la aprobación de *una ley del Estado* reguladora de la cooficialidad de las lenguas de manera general y de mínimos, pues caben variantes de su desarrollo en cada comunidad. Es conveniente para asegurar la vigencia del bilingüismo y de los derechos fundamentales de todos. Cuatro décadas después de la declaración de cooficialidad de una lengua no deberíamos seguir «normalizando», si por esto entendemos poner en orden lo que no lo estaba y hacer que algo infravalorado o relegado se estabilice. Deberíamos pactar un régimen jurídico estable de la cooficialidad y no tirarnos las lenguas como piedras a la cabeza como hacen los niños hasta que aprenden que se hacen daño. Espriu nos lo enseñó: «no ets pot bandejar cap llengua». La afirmación juega en ambos sentidos: cualquier lengua es una riqueza y cuando existen varias deben conciliarse con objetividad y sin exclusividades.

8. La *complejidad nacional* de España arranca de su génesis —muy antigua, pero no menos plural— como una unión de antiguos 4einos con Derechos públicos propios durante la Monarquía austracista y hasta inicios del siglo XVIII, así como de su construcción como nación en el siglo XIX. La heterogeneidad de «las Españas» (Lluch, 2009). Es un problema que la Constitución abordó con voluntad conciliadora, que no podrá ser orillado en el debate de la reforma y en el que convendría ser generosos, siempre y cuando estemos abiertos a compromisos recíprocos y no a trágalas o imposiciones. Ocultar el problema no contribuye a resolverlo, vista la situación actual. Pero no sería sensato empezar por aquí para que el diálogo no se atore y se impidan las transacciones en lugar de discutir con claridad cuestiones más concretas y fáciles de pactar —otra vez el funcionalismo y la lógica federal—. La idea de «nación» es suficientemente amplia y pluridimensional como para que quepan convenciones y equilibrios, según evidencia el gran número de elaboraciones doctrinales que la han abordado.

Las lenguas propias de los españoles no constituyen nuestro único problema de identidad. Si bien la idea de «nacionalidad» (artículo 2 CE) fue entendida por los padres constituyentes como una nación cultural dentro de una gran nación política española, y está muy ligada a la lengua y al sentimiento subjetivo de pertenencia a una cultura minoritaria. Se entendió como un gesto de buena voluntad hacia los nacionalismos. El texto del precepto —reiterativo— fue el más discutido de todo el debate y casi monopolizó el diario de sesiones, pero supuso un gran avance simbólico en una historia centralista e impulsó una descentralización territorial sin precedentes. Los constituyentes fueron generosos al analizar la complejidad nacional de España y también deberíamos serlo ahora. Pero el principio de unidad del poder constituyente —de la competencia de competencias— y de la soberanía nacional parecen límites infranqueables en cualquier Estado federal o compuesto, abandonado el viejo debate sobre la atribución de la soberanía en la teoría estadounidense y alemana del siglo XIX y la primera mitad del XX, que no hizo sino llevar a un callejón sin salida. No tiene sentido volver a esos lodos en vez de entender el federalismo como un proceso de equilibrios dinámicos. La «soberanía» en tiempos de integración europea es un concepto en transición y evolución permanente y se ve superada por la idea de competencia. La «independencia» tampoco existe en el espacio europeo: lo que existe es una intensa interdependencia. Ambas pretensiones responden a problemas de otra época y se hace por ello difícil comprender que sean serios los objetivos del llamado proceso soberanista. El federalismo, en cambio, se ha mostrado en muchos países susceptible de integrar distintas realidades nacionales. La idea de nación española no debería resultar incompatible con estas realidades, si acordamos un pacto de convivencia —como a todos nos conviene y una amplia mayoría de los españoles prefiere, pese a las

variadas diferencias en sentimientos—. Nadie debería obligarnos a elegir entre identidades en vez de enriquecernos acumulándolas.

9. *¿Derecho a decidir o derecho a votar*? La expresión «derecho a decidir» ostenta calculadas dosis de ambigüedad. Ha generado división y un delicado problema por su indeterminación, que es paradójicamente la clave de su éxito, ya que se trata de un eslogan y no de una categoría jurídica, si bien responde a un malestar. Ha logrado ocupar la agenda política, sustrayendo del debate público el espacio necesario para discutir otras cuestiones como son la corrupción estructural de algunos partidos, o la responsabilidad política por la mala gestión del déficit y los servicios públicos.

Un pretendido derecho que no está positivado en norma alguna de Derecho Internacional ni de Derecho Constitucional; tampoco está reconocido en nuestra Constitución ni en otras constituciones europeas. Carece asimismo de una justificación cultural suficiente como para incorporarlo a nuevas normas constitucionales (en sentido contrario, Barceló, Capuccio y Corretja, 2015), pues sus defensores se contentan con la invocación del principio democrático, al que agregan este derecho mediante un salto en el razonamiento.

Sin embargo, dicho principio no puede aislarse del resto de los principios constitucionales —los no menos democráticos principios de constitucionalidad, legalidad y respeto al Estado de Derecho—. No cabe una visión del «carácter instrumental de la Constitución» al «servicio de la voluntad popular» (Vernet, 2013: 91) porque eso no es una Constitución, sino una hoja de papel. Una vez abandonado el valor normativo de la Constitución, por qué no abandonar también el valor de la ley. La convocatoria informal y unilateral de una consulta que incumple la legalidad española y catalana, aminora las garantías electorales de los ciudadanos y los somete al serio riesgo de un «pucherazo» —como en el siglo XIX— no puede considerarse democrática, sino irregular y arbitraria. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere a la lógica de la democracia «embedded in the Rule of Law». Cataluña no es diferente.

Es un «derecho» difícilmente reconocible en sus lindes porque carece de una configuración jurídica. Un derecho con un titular no identificado, pues no se sabe si corresponde a cada individuo y se ejerce de forma colectiva, a cualquier comunidad política y de cualquier nivel territorial, a los pueblos o a las naciones, como ocurre con el derecho a la autodeterminación (Renner, 2015), del cual parece ser un trasunto o eufemismo.

Su contenido es no menos impreciso, ya que dista de ser evidente: a) si se satisface con la convocatoria de un referéndum sobre cuál debe ser la relación de acomodo entre Cataluña y España (Vernet 2013: 81); o b) si incluye el *ius secessionis*, la libre decisión sobre la pertenencia a un Estado; o c) si simplemente es una consulta sobre el propio futuro político (Viver, 2013; Vernet, 2013: 89). En este último escenario, sería una modalidad de consulta, quizás al modo que se está construyéndose este derecho para las comunidades indígenas en el sistema interamericano, pero ser consultado no es decidir uno solo y por sí mismo, según ha explicado la Corte Interamericana. De existir el supuesto derecho, solo podría ser un derecho de configuración legal, por la indeterminación de su contenido esencial y al resultar de imposible ejercicio al margen de las leyes de procedimiento, al igual que ocurre con los derechos electorales. Pero, abandonar la Constitución y la ley hace entonces imposible el derecho.

Como tal derecho a la secesión unilateral de un Estado, no se reconoce en ningún Estado federal después de la grave experiencia de la guerra civil en Estados Unidos, donde se concluyó que la Constitución no permite a un estado federado separarse unilateralmente (caso *Texas vs. White, 74 US 700, 1869*), al igual que sostuvo el dictamen del Tribunal Supremo de Canadá de 1998. Tampoco conozco mejor apoyo teórico que la débil construcción de John C. Calhoun, una vieja tesis que no puede

ser trasplantada a Cataluña, pese a su traducción al catalán, pues arranca de la idea de pacto federal entre unos Estados que conservan su derecho a enjuiciar las infracciones y a anular las invasiones usurpadoras (Calhoun, 2010: 368), idea que surge en el contexto contractualista de una antigua confederación como un residuo lógico (La Pergola, 1969).

Es menester recordar que incluso el Derecho internacional reclama ciertos requisitos para una declaración unilateral de independencia, según el dictamen de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Kosovo: entre otros, una «secesión correctiva», la imposibilidad interna de la libre determinación, de tomar parte en las decisiones y la comisión de graves violaciones de derechos (Barceló, Corretja *et al.*, 2015: 140). Ninguna de estas notas concurre en Cataluña.

Por último, tampoco el Derecho de la Unión Europea contempla la secesión de una comunidad que sea parte de un Estado miembro; una Cataluña independiente quedaría fuera de la misma, ya que abandonando el Estado parte se abandona la UE (López Garrido *et al.*, 2015). Un resultado inadmisible incluso para los secesionistas.

Parece razonable concluir que un «proceso» soberanista, anclado en un supuesto derecho de decisión de la nación catalana sobre la secesión del resto de España sin necesidad de respetar el marco constitucional ni la legalidad es un camino que solo puede producir frustraciones y llevar a un callejón sin salida. Este programa máximo no puede ser discutido y sus defensores deberían modificar sus posiciones con mayor empatía hasta hacerlas debatibles.

No obstante, debo admitir que en democracia los conflictos políticos no se pueden solucionar o pacificar sin votar. No deberíamos contraponer constitución y democracia. Es menester cambiar el marco e integrar ambas cosas. Negar el derecho a decidir sin permitir algún tipo de votación o consulta como alternativa no es inteligente y podría no ser democrático. ¿Qué alternativas surgen? Muñoz Machado (2014) ha sostenido que si el pueblo de Cataluña desea votar para decidir sobre su porvenir es mejor que lo haga sobre un texto concreto. Una transformación cabal de la propuesta de decisión. El autor sugiere votar una aprobación de una reforma estatutaria que reconozca las singularidades catalanas a la par que una reforma de la Constitución que dé cabida a ese proyecto, y que ambas se tramiten simultáneamente y de forma paccionada. Como afirma acertadamente, esta dualidad de propuestas y aprobaciones en toda España y en Cataluña ya debió haberse intentado en 2006. Es una propuesta viable.

También Tornos (2015), tras analizar la experiencia del referéndum de Escocia en el modelo británico de constitución flexible, nos sitúa en un escenario lógico pero alternativo: bien un referéndum sobre la independencia de Cataluña, bien una reforma constitucional en sentido federal. Rechaza la celebración de un referéndum, pues si bien estima que es una respuesta posible, admite que suscita dudas de constitucionalidad. Se decanta por votar una reforma constitucional en la que se dé satisfacción a las reivindicaciones catalanas, incluido el reconocimiento como naciones de Cataluña y el País Vasco y la plurinacionalidad de España, pese a las dificultades políticas que —admite— entraña.

La STC 45/2014, de 25 de marzo, sobre la resolución del Parlamento de Cataluña por la que se aprueba la declaración de soberanía, entendió que el pueblo español es el único titular de la soberanía, pero admitió que cabe entender el «derecho a decidir» como una legítima aspiración política que lleve a plantear una propuesta de reforma de la Constitución. El Tribunal Constitucional se sitúa en un lugar intermedio entre estas dos posiciones. Por un lado, la de los que entendían que el artículo 92 CE, al regular el referéndum consultivo, permite una consulta sobre su opinión al pueblo en sus distintos niveles —y no necesariamente a todos los españoles—, si bien no vinculante para los órganos competentes y en su caso previa a un proceso de reforma (Rubio, 2013).

Por otro, la de los que consideran la unidad de la nación (artículo 2 CE) como una cláusula de intangibilidad que impide ese referéndum e incluso la reforma.

Pero todas estas tesis coinciden en la oportunidad de la aprobación de una reforma constitucional como mecanismo de consulta a los catalanes sobre el encaje territorial de Cataluña. También acaba por reconocerlo el propio *Institut d'Estudis Autonòmics, think tank* de la independencia, si bien ligado a la incorporación de un referéndum de ámbito autonómico (Viver. 2013: 439). Ahora bien, reformada la Constitución, antes o después habría que reformar los estatutos para adaptarlos y esto reclamará un referéndum.

5. CONSIDERACIONES FINALES

No sé si la reforma tendrá lugar; no es mi oficio —como constitucionalista— formular augurios, pero merece la pena intentarlo, pues aunque nos quedemos en la mitad del camino habremos avanzado en el buen sentido. El inmovilismo y la secesión no son sino aventuras de mucho mayor riesgo y solo conducirían a despeñarnos. Nuestra constitución territorial ha sido el resultado de un proceso permanentemente abierto. Hemos improvisado sobre la marcha. Nuestra ruta no ha sido fruto de un diseño racional con pretensiones de estabilidad. Esto es lo que debe hacer una reforma constitucional: cerrar las normas constitucionales con eficiencia, corregir defectos aprovechando la experiencia y generar nuevos consensos. Un pacto ilusionante de convivencia política que nos permita vivir juntos otras cuantas décadas. Muchas de estas modificaciones reclaman reformas en normas constitucionales, otras podrán hacerse en normas estatutarias o legales, pero deberían abordarse desde la visión de conjunto que solo un proceso de reforma constitucional propicia.

Haré algunas recomendaciones finales. Primero, un «compromiso de compromiso»: antes de echar a andar, debe suscribirse un pacto entre varias fuerzas políticas que lleve a no levantarse de la mesa y detener el reloj hasta pactar un mínimo denominador común mediante una firme voluntad de transacción, similar a la que tuvieron los padres constituyentes. Será asimismo preciso delimitar previamente un perímetro de la reforma. Segundo, la «aprobación por paquetes» de las modificaciones que vayan suscitando mayor consenso sin esperar a alcanzar una revisión total. Tercero: no generar excesivas expectativas para no causar frustraciones, una actitud cautelosa que nos obligará a todos a rebajar el tono apocalíptico del discurso para comenzar un dialogo sereno y sensato sobre cuestiones concretas según enseña una lógica pactista o federal. No hay otra vía, no será sencillo, pero las otras dos aún son más complicadas y no nos llevarían a sitio alguno.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, Eliseo (2014): *Estado autonómico y reforma federal*, Madrid: Alianza Editorial.

AMBROSINI, G. (1933): «Un tipo intermedio di Stato tra l'unitario e il federale caratterizzato dall'autonomia regionale», *Rivista di Diritto Pubblico*, 93, 92-100.

BARCELÓ, Mercé, Mercé CORRETJA *et al.* (2015): *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*, Barcelona: Atelier.

BLANCO, Roberto (2012): *Los rostros del federalismo*, Madrid: Alianza Editorial.

BORRELL, Josep y LLORACH, Joan (2015): *Las cuentas y los cuentos de la independencia*, Madrid: Los libros de la catarata.

CALHOUN, John C. (2010): *Discurs sobre la Constitució i el govern dels Estats Units i altres textos*, Barcelona: Institut d´Estudis Autonòmics. Originales del primer tercio del XIX. Hay edición en castellano, con estudio preliminar de P. Lucas Verdú.

CAPPUCIO, Laura y Mercé CORRETJA (2014): *El derecho a decidir. Un diálogo italo-catalán*, Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics.
CRUZ VILLALÓN, Pedro (1981): «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 4 monográfico.
GARCÍA MORALES, María Jesús, José Antonio MONTILLA y Xavier ARBÓS (2006): *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
GARCÍA ROCA, Javier (1985): *Contribución al estudio de la forma territorial del Estado español,* Madrid: Servicio de reprografía Universidad Complutense de Madrid.
— (2011): «El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los Estatutos, o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», *Revista Catalana de Dret Public*, 43, 87-120.
— (2013*a*): «¿Reforma constitucional en clave federal»*El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 34, 20-31.
— (2013*b*): «Glosario de las cláusulas lingüísticas en los Estatutos de Autonomía» en A. López Castillo (dir.), *Lenguas y Constitución,* Valencia: Tirant lo Blanch, 83-118.
GARCÍA ROCA, Javier (ed.) (2014): *Pautas para una reforma de la Constitución. Informe para el debate*, Madrid: Thomson Reuter.
GARCÍA Roca, Javier y Enoch ALBERTÍ (eds.) (2010): *Treinta años de Constitución, Actas del Congreso extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant lo Blanch.
GARCÍA ROCA, Javier y Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO (2013): *Estabilidad presupuestaria y freno constitucional al endeudamient*o, Madrid: Civitas-Thomson-Reuters.
GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel (2013): *Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea*, Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics.
La PERGOLA, Antonio (1969): *Residui contrattualisti e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milán: Giuffrè.
LÓPEZ CASTILLO, Antonio (dir.) (2013): *Lenguas y Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch. Valencia.
LÓPEZ GARRIDO, *Diego et al.* (2015): *Cataluña frente a la Unión Europea. Las consecuencias jurídicas de la independencia*, Madrid: Fundación Alternativas [en línea], <http://www.fundacionalternativas.org/>.
LLUCH, Ernest (2009): *Las Españas vencidas del siglo XVIII*, Barcelona: Crít.
MONTILLA, José Antonio (2015): *Reforma federal y Estatutos de segunda generación*, Madrid: Thomson Reuter.
MUÑOZ MACHADO, Santiago (2014): *Cataluña y las demás Españas*, Masdrid: Crítica.
PÉREZ TREMPS, Pablo (2015): «¿Qué reforma de la Constitución y quién la reforma?» [en línea], <www.bez.es>.
REY, Fernando (2013): «El Estado autonómico en la encrucijada», *Revista Española de la Función Consultiva*, 20, 111-124.
RENNER, Karl ([1918] 2015): *El derecho de las naciones a la autodeterminación*, estudio preliminar de X. Arzoz, Madrid: Tecnos.
RUBIO, Francisco (2013): «Un referéndum que nadie quiere» en *El País*, 10 de febrero.
— (2015): «Proceso constituyente, clamor popular y otros desvaríos» [en línea], <www.ahorasemanal.es>.
SIGUÁN, Miquel (1994): *España plurilingüe*, Madrid: Alianza Editorial.
TORNOS, Joaquín (2015): *De Escocia a Cataluña. Referendum y reforma constitucional*, Madrid: Iustel.
VERNET, Jaume (2013): «La perspectiva catalana en torno a la reforma constitucional de la estructura territorial del Estado», *Revista Española de la Función Consultiva*, 20, 79-109.
VIVER i PI-SUNYER, Carles *et al.* (2013): «Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes de Catalunya poden ser consultats sobre llur futur politic col.lectiu», en *El Pacte Fiscal, les duplicitats i les consultes populars*, Institut d'Estudis Autonòmics, 395-448.
VIDAL-FOLCH, Xavier (2013), *¿Cataluña independiente?,* Madrid: Los libros de la catarata.

Fecha recepción: 16 de febrero de 2016
Fecha aceptación: 16 de mayo de 2016

LA REFORMA DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. DIVERSIDAD DE PROBLEMAS Y SOLUCIONES

THE REFORM OF THE AUTONOMOUS STATE. DIVERSITY OF PROBLEMS AND SOLUTIONS

Joaquín Tornos Mas
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Barcelona

RESUMEN

El Estado autonómico español debe afrontar en la actualidad dos crisis diversas. Por un lado, la crisis que supone la reivindicación secesionista catalana. Por otro, el agotamiento general de un modelo de organización territorial diseñado de forma muy vaga en la Constitución de 1978 y que, pese su notables éxitos, manifiesta claros signos de disfuncionalidad. Las respuestas a estas dos crisis deben ser también diversas. En el caso catalán, la necesaria respuesta política y jurídica que se propone es una reforma constitucional que reconozca la plurinacionalidad del Estado español y, dentro de él, la singularidad catalana. No se descarta un referéndum previo consultivo a celebrar en Cataluña en el que se pregunte sobre la posible separación de Cataluña del Estado español. La respuesta a la crisis funcional del Estado autonómico requiere una reforma constitucional en clave federal en la que se lleve a la Constitución el reparto de poderes entre el Estado y las comunidades autónomas, la reforma del Senado y los principios básicos del modelo de financiación.

PALABRAS CLAVE

Federalismo, Referéndum, Reforma constitucional, Secesionismo, Soberanía

ABSTRACT

The Spanish State of autonomies needs to address two different crises. The first one is caused by the Catalan claims for secession. The second one, by a general exhaustion of a model of territorial organization that was very vaguely designed in the 1978 Constitution and that, despite its remarkable success, shows clear signs of disfunctionality. The answers to both crises need to be different too. Regarding the Catalan situation, the proposed political and legal response is a constitutional reform that recognizes the plurinationality of Spain and, within this, the singularity of Catalonia. The possibility of holding a referendum in Catalonia prior to the constitutional reform in order to ask about the possible separation of Catalonia from Spain should not be dismissed. The response to the functional crisis of the State of autonomies requires a reform of the Constitution that adopts a federal approach and includes in the legal text the distribution of powers amongst the State and the autonomous communities, the reform of the Senate and the basic principles of the financing system.

KEY WORDS

Federalism, Referendum, Constitutional reform, Secessionism, Sovereignty

LA REFORMA DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. DIVERSIDAD DE PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Joaquín Tornos Mas
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

¿Debe reformarse el Estado de las autonomías? ¿Está en crisis? Y si está en crisis, ¿qué tipo de crisis le afecta? ¿Qué reformas deberían llevarse a cabo para superar las disfunciones del modelo actual?

A las preguntas anteriores responderemos diciendo que el Estado de las autonomías está afecto de crisis de contenido y alcance diverso, por lo que se requieren diversos tipos de soluciones. Por un lado, nuestro Estado de las autonomías debe afrontar la desafección de una parte significativa de los ciudadanos catalanes, concretada en la reciente reivindicación independentista, lo que constituye un problema político de hondo calado. Por otro, el propio desarrollo del sistema autonómico ha generado importantes problemas funcionales que deben ser abordados para recuperar la legitimidad de funcionamiento del sistema en su conjunto. Este segundo tipo de problemas puede tener, en principio, más fácil resolución.

El Estado de las autonomías, por tanto, debe abordar en primer lugar la crisis que supone la reivindicación secesionista planteada por diversas fuerzas políticas catalanas[1]. Intentar responder a este reto exige comprenderlo, o al menos tratar de entender sus raíces. Y para ello hay que situar el caso catalán en un contexto más general.

Por otro lado, tras el rápido proceso descentralizador que ha supuesto, el Estado de las autonomías requiere algunos retoques importantes en su configuración constitucional. No puede olvidarse que la Constitución de 1978 diseñó un procedimiento para acceder a la autonomía de las llamadas genéricamente nacionalidades y regiones, procedimiento en

el que los estatutos de autonomía debían jugar un papel determinante para el dibujo final del sistema. Pero la Constitución no estableció el modelo final y dejó indeterminadas las comunidades autónomas que formaban parte del Estado español, así como sus respectivas competencias. Los acuerdos políticos posteriores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han construido un sistema que, como decíamos, ha permitido un amplia descentralización, pero esta organización del poder territorial requiere una puesta al día normativa tras la valoración desapasionada de los éxitos y fracasos del modelo resultante (Aja, 2014: 67-111). Volveremos sobre esta necesaria reforma constitucional en la parte final de este trabajo.

2. LA REIVINDICACIÓN SECESIONISTA EN CATALUÑA. REFERÉNDUM Y REFORMA CONSTITUCIONAL

2.1. LAS CAUSAS DEL PROBLEMA

La respuesta a la deriva independentista de Cataluña requiere en primer lugar analizar en profundidad sus causas. En este sentido, creemos que esta reivindicación secesionista, que también se vive en Estados descentralizados como Canadá o el Reino Unido (casos de Quebec y Escocia), responde a la crisis general de los Estados soberanos creados tras la Paz de Westfalia.

Como es sabido, la idea de Estado soberano entendido como una entidad que detenta el monopolio del poder dentro de un territorio y es sujeto de Derecho internacional nace en los Congresos de Münster y Osnabruck del año 1648, es decir, en lo que se conoce como la Paz de Westfalia (Tornos, 2015).

Este poder absoluto, que en un primer momento detenta el monarca, pasa al pueblo con la Revolución francesa. De esta forma, el poder soberano deja de estar en manos de la razón monárquica y se legitima por ser la expresión de un pueblo. Así, la construcción del nuevo Estado soberano requiere de forma esencial la creación de un sujeto colectivo, el pueblo, al que hacer titular de este concepto abstracto, la soberanía, en nombre de la cual se ejerce el poder.

Este sujeto debe ser una realidad unitaria, y para ello se recurre a su vez a la idea de nación entendida como colectividad que vive dentro de un territorio delimitado y con fronteras sólidas y estables. La existencia de un Estado soberano exige contar con un pueblo que, a su vez, se identifica con la nación como sujeto colectivo que vive en ese territorio.

Esta unidad nacional, que es necesaria para construir el nuevo Estado soberano, trata de fundamentarse en razones históricas y culturales. Puede ser una realidad ya existente o una entidad que debe crearse o imponerse en contextos más complejos. Con este fin se impone una cultura, una lengua, un himno y una bandera. Las realidades históricas o culturales que puedan existir dentro de un mismo territorio se diluyen para construir la nueva nación soberana. El Estado nacional se identifica con la idea de soberanía plena y frontera rígida, y este tipo de Estado pasa a ser un modelo de éxito que se desarrolla y se impone en el mundo moderno.

El modelo empieza a entrar en crisis en la segunda mitad del siglo XX, fundamentalmente cuando se constata la pérdida de contenido del concepto originario de soberanía.

Diversos factores explican esta crisis. Por un lado, la creación de instituciones supraestatales a las que se reconocen poderes normativos y judiciales (ONU, UE, TEDH). Por otro, la aparición de poderes económicos sectoriales que imponen sus decisiones a los Estados de forma más menos formalizada (G10). Y, por último, el surgir o resurgir de las reivindicaciones de reconocimiento y autogobierno en entidades nacionales subestatales que exigen relacionarse de forma singularizada tanto con el Estado de origen como con las organiza-

ciones supraestatales (Keating, 2001 y 2003; Tierney, 2005). Resurgen de este modo en los últimos años los nacionalismos subestatales en diversos países desarrollados, tanto en Estados de estructura federal como en Estados fuertemente descentralizados. Este fenómeno, que algunos han denominado «neonacionalismo», es, como hemos dicho, una realidad indiscutible, especialmente relevante en el Reino Unido, Canadá y España (Naïm, 1987; Requejo; 2001; Keating, 2001 y 2003 y Tierney, 2005), pero también se da con diferentes intensidades en otros Estados. Es en este contexto donde debe situarse —y analizarse— la llamada deriva independentista catalana[2].

2.2. LA REIVINDICACIÓN SECESIONISTA EN CATALUÑA

En Cataluña, la problemática general que acabamos de describir se ha traducido en una clara evolución desde los planteamientos mayoritariamente autonomistas a una amplia, aunque no mayoritaria, reivindicación separatista. El momento en el que se hizo manifiesta esta inflexión fue el año 2012, cuando Convèrgencia Democràtica, partido en el Gobierno, decidió abandonar los intentos de incrementar la autonomía y se sumó a los postulados independentistas de ERC y de la Assemblea Nacional de Catalunya (ANC), en buena medida por el fracaso de la opción reformista intentada a través de un nuevo Estatuto de Autonomía de 2006.

Pero si el impulso de la reivindicación secesionista puede situarse en septiembre de 2012, también debe reconocerse que las críticas al modelo autonómico tienen en Cataluña un origen anterior. No puede desconocerse que Cataluña ha ido marcando desde épocas anteriores al fin de siglo su propio camino reivindicativo, centrado en la demanda de una mejora en la calidad de las competencias propias, la reivindicación de un sistema de financiación que incremente la capacidad normativa de gestión y limite los niveles de solidaridad y la exigencia del reconocimiento de su ser nacional —y lo que ello conlleva en relación con la reclamación de elementos identitarios de autogobierno—.

Este camino reivindicativo ha quedado reflejado de forma particular en las diferentes resoluciones del Parlamento catalán a favor de mayores cotas de autogobierno. Una de las primeras fue la resolución 106/11, de 1987, en la que se identificaron ya las reivindicaciones que luego se recuperarían de forma recurrente. En esta resolución se afirmaba que «el Pacto de Estado que dio lugar al Estatuto de Autonomía ha sido incumplido reiteradamente, hasta día de hoy, por diferentes Gobiernos del Estado».

Como se ha dicho (Viver y Grau, 2013), estas resoluciones permiten identificar cuatro etapas diversas, cada vez más aceleradas. En las primeras se reclamaba una relectura de la Constitución y sus normas de desarrollo. Posteriormente se optó por la exigencia de la reforma estatutaria y, entre los años 2010 y 2012, por un nuevo pacto fiscal. Pero, como hemos dicho, es al final del año 2012, tras la manifestación del 11 septiembre 2012 —en la que se reivindicó de manera explícita una «Cataluña como nuevo Estado de Europa»— cuando se planteó ya abiertamente la opción secesionista. Se daba por definitivamente agotado el esfuerzo reformista y se fijaba como objetivo el derecho a decidir para convertir a Cataluña en un nuevo Estado de Europa si esta fuera la decisión mayoritaria de los catalanes (resolución 742/IX de 27 de septiembre de 2012, votada a favor por Convergència i Unió, Esquerra Republicana de Catalunya, Iniciativa per Cataluña Verds-Esquerra Unida y Solidaritat Catalana per la Independència, con los votos en contra de Partido Popular y Ciudadanos y la abstención del Partit dels Socialistes de Catalunya)[3].

Ante la negativa del Gobierno del Estado a convocar un referéndum sobre la independencia de Cataluña, o a delegar su celebración en el Parlamento catalán[4], el Gobierno catalán decidió convocar una consulta amparada en una ley catalana, la Ley 10/2014, de Consultas

no referendarias, de 16 de septiembre. La ley fue impugnada, suspendida y posteriormente declarada inconstitucional[5].

En todo caso, la consulta se celebró sin cumplir con las garantías democráticas exigibles[6], y arrojó los siguientes resultados: Votos sí/sí: 1.861.753; votos sí/no: 232.182; votos sí/ blanco 22.466; votos no 104.772. Si se calcula el resultado final a favor del sí/sí sobre el censo de electores —que se amplió ya que votaron los mayores de 16 años—, este se sitúa muy lejos del 50%.

Posteriormente[7] se convocaron elecciones autonómicas el 27 de septiembre de 2015. Convergència Democràtica y Esquerra Republicana de Catalunya quisieron conferir al proceso electoral un carácter plebiscitario, y para ello presentaron una candidatura unitaria, *Junts pel Sí*, con el apoyo de diversas fuerzas sociales, en particular la Assemblea Nacional de Catalunya y Òmnium Cultural. Con esta candidatura esperaban obtener una mayoría parlamentaria absoluta y una mayoría de votos que les permitiera llevar adelante el proceso independentista hasta llegar, en su caso, a formular una declaración unilateral de independencia.

Los resultados no fueron los esperados. *Junts pel Sí* no logró la mayoría absoluta (aunque si una amplia mayoría de escaños, 62 de 135) y no obtuvo la mayoría de votos, ni siquiera sumando a los mismos los de la otra fuerza independentista, la CUP (Candidatura d'Unitat Popular). Este hecho abrió un complejo proceso de negociación orientado a formar Gobierno, ya que la CUP se negaba en principio a investir a Artur Mas como nuevo presidente de la Generalitat. El día 3 de enero de 2016, tras un proceso de negociación lleno de tensiones internas y externas, la CUP decidió no apoyar la investidura de Artur Mas, circunstancia que abría la posibilidad de unas nuevas elecciones y que generó fuertes discrepancias dentro del llamado bloque soberanista. Finalmente, el sábado 9 de enero, cuando el plazo para la elección parlamentaria del nuevo presidente expiraba, *Junts pel Sí* y la CUP llegaron a un acuerdo para investir al Sr. Puigdemont, diputado y alcalde de Girona, como nuevo presidente de la Generalitat. El Presidente Mas «daba un paso a un lado» para no impedir la continuación del *procés sobiranista*, y la CUP se comprometía a dar estabilidad al nuevo Gobierno.

Durante este tiempo se han producido diversos hechos relevantes. Las prisas con las que se quiere llevar a cabo todo el proceso a favor de la separación del Estado español y, tras las elecciones autonómicas, la voluntad —o necesidad— de lograr un acuerdo con la CUP —que, como hemos dicho, finalmente no se logró— llevaron *Junts pel Sí* y a la CUP a adoptar en el Parlamento catalán la sorprendente resolución de 9 de noviembre de 2015. Esta resolución, la 1/XI del Parlamento de Cataluña, contiene, entre otras, las siguientes afirmaciones:

«El Parlamento de Cataluña constata que el mandato democrático obtenido en las pasadas elecciones del 27 de septiembre de 2015 se basa en una mayoría en escaños de las fuerzas parlamentarias que tiene como objetivo que Cataluña sea un Estado independiente y en una amplia mayoría soberanista en votos y escaños que apuesta por la apertura de un proceso constituyente no subordinado.

El Parlamento de Cataluña, como depositario de la soberanía y como expresión del poder constituyente, reitera que esta cámara y el proceso de desconexión democrática del Estado español no se supeditarán a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional, que considera falto de legitimidad y de competencia a raíz de la sentencia de junio de 2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, votado previamente por el pueblo en referéndum, entre otras sentencias.

El Parlamento de Cataluña insta al futuro Gobierno a cumplir exclusivamente las normas o los mandatos emanados de esta Cámara, legítima y democrática, a fin de blindar los derechos fundamentales que puedan resultar

afectados por decisiones de las instituciones del Estado español, como los especificados en el anexo de esta resolución».

Esta resolución fue inmediatamente impugnada por el Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional, que en su sentencia de 2 de diciembre de 2015 estimó por unanimidad el recurso interpuesto y declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la resolución sobre el «inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015»[8].

En el momento de cerrar este trabajo, siguen las incógnitas sobre la composición del nuevo Gobierno de España, pero conjeturo que podría conformarse un nuevo ejecutivo de izquierdas presidido por Pedro Sánchez con el apoyo de Podemos, Izquierda Unida y el Partido Nacionalista Vasco. Se abriría entonces un nuevo escenario de negociación con el Gobierno catalán. Este último, por su parte, de forma que nos parece razonable, ya ha manifestado que no cuenta con los votos ni la fuerza para acordar la independencia, pero que se proseguirá con el *procés* dentro del marco legal. La DUI y el plazo de 18 meses para concluir el camino hacia la independencia se aparcan, aunque no se renuncia al objetivo de construir un Estado catalán (de este modo, se sitúa en el marco constitucional, ya que, como ha dicho el Tribunal Constitucional, el derecho a la independencia es una legítima aspiración política). Habrá, pues, que esperar a la formación del nuevo Gobierno de España para ver cómo se suceden los acontecimientos.

De cualquier modo, y como acabamos de señalar, el caso catalán plantea un indiscutible reto al Gobierno del Estado y refleja una clara crisis del Estado autonómico español. Es evidente que este Estado, surgido con el doble fin de resolver las reivindicaciones nacionalistas de vascos y catalanes y de crear un Estado descentralizado que permitiera un funcionamiento más eficaz de las estructuras estatales, ha fracasado en lo que respecta a la integración del nacionalismo catalán. ¿Qué hacer?

Rechazamos la existencia de un pretendido derecho a decidir como derecho a la autodeterminación del pueblo catalán y, en consecuencia, de un derecho a una declaración unilateral de independencia (Tornos, 2014). La independencia unilateral carece no solo del reconocimiento de la comunidad internacional y del Derecho constitucional propio, sino del apoyo de la mayoría de la población catalana. Diversas encuestas y los resultados electorales (elecciones autonómicas de septiembre de 2015 y generales de 20 de diciembre de 2015) así lo constatan. No obstante, la reciente historia catalana y estos mismos datos ponen de relieve que una parte significativa del pueblo catalán sí aspira la independencia y que una amplia mayoría desea una redefinición del encaje constitucional de Cataluña en España.

Por tanto, reitero la pregunta anterior: ¿Qué hacer? A mi juicio, lo ineludible es entender que existe un problema político de hondo calado que va más allá de las desafortunadas propuestas del Gobierno catalán, pero que no se solventará con el único recurso a la imposición del texto constitucional vigente y con la confianza en que el paso del tiempo reducirá la intensidad de las reivindicaciones secesionistas. Hay que identificar y analizar las causas más profundas de la crisis general de los Estados soberanos tradicionales y del renacimiento de las reivindicaciones de más autogobierno por parte de las naciones subestatales con el fin de ofrecer alternativas satisfactorias y razonables a las peticiones catalanas. ¿Cuáles pueden ser estas respuestas? ¿Qué propuestas se pueden formular para ofrecer una solución justa, razonable y viable al conflicto que hoy enfrenta a los gobiernos del Estado español y Cataluña?

Cataluña es una realidad nacional que, desde los inicios del presente siglo, en el marco de un mundo globalizado en el que las soberanías nacionales se debilitan por la emergencia de poderes supraestatales y por el renacer de poderes territoriales subestatales, trata de recuperar su singularidad y ganar mayores cotas de autogobierno hasta llegar a plantear su voluntad de convertirse en un Estado independien-

te. Pero este mismo concierto internacional, en el que necesariamente se sitúa Cataluña, niega a los pueblos que forman parte de Estados democráticos el derecho a la autodeterminación y el ejercicio de declaraciones unilaterales de independencia. Es exigible que las reivindicaciones secesionistas se lleven a cabo a través de procedimientos acordados y respetando lo dispuesto en las respectivas constituciones. Pero también se recomienda que estas legítimas reivindicaciones tengan una respuesta política y jurídica por parte de los Gobiernos de los Estados soberanos.

Pues bien, en el caso de Cataluña creemos que hay dos posibles vías para afrontar políticamente, y con respeto de los principios básicos del Estado de Derecho, la respuesta al caso catalán. Veamos sus ventajas e inconvenientes.

2.3. LAS RESPUESTAS. REFERÉNDUM Y REFORMA CONSTITUCIONAL

Una posible respuesta sería la organización de un referéndum consultivo en Cataluña en el que se preguntara al pueblo catalán sobre su voluntad de continuar formando parte de España. En el supuesto de obtenerse una mayoría clara a favor de la independencia, deberían iniciarse las negociaciones para proceder a la separación de Cataluña del resto del Estado español.

Como hemos dicho, una respuesta política a la legítima aspiración de constituir un Estado independiente puede ser la consulta al pueblo que manifiesta esta voluntad para conocer el apoyo que tiene esta demanda y actuar en consecuencia. La única condición es que el referéndum se celebre de conformidad con el marco constitucional existente.

Pero, precisamente, el necesario respeto del marco constitucional y la propia naturaleza de un referéndum en el que se formule una sola pregunta (¿está a favor de la independencia de Cataluña?) conduce a cuestionar que esta sea la mejor respuesta al conflicto catalán, aunque no por ello deba descartarse.

En primer lugar, creemos que existen serias dudas de constitucionalidad sobre la celebración de un referéndum de esta naturaleza solo en Cataluña. De un lado, porque el artículo 92 CE establece que un referéndum de esta naturaleza debe tener como cuerpo electoral todos los ciudadanos de España, y, de otro, porque, si se le quiere atribuir carácter vinculante —o determinante del inicio de un proceso para la separación efectiva de Cataluña del resto del Estado—, ello supone modificar el proceso de reforma constitucional, ya que añade un trámite previo no previsto en la Constitución.

Si se logran superar estos límites constitucionales (por ejemplo, con una reforma constitucional no agravada de los artículos 92 y 167 de la Constitución), el referéndum debería contar con un marco normativo previo que recogiera los principios esenciales que han de guiar su celebración, esto es: órgano competente para su organización, carácter no vinculante, acuerdo sobre la pregunta y mayoría suficiente, garantías de imparcialidad durante el proceso y de información suficiente a los electores. Por tanto, si bien es cierto que la Constitución no debe verse como un marco infranqueable y que el principio democrático puede justificar la adopción de los cambios constitucionales necesarios para hacer posible la celebración de un referéndum justo, transparente y vinculante, deben tenerse en cuenta las dificultades que conlleva esta reforma constitucional y no puede aducirse sin más la comparación con el caso del Reino Unido y el referéndum de Escocia.

En otro orden de cosas, la celebración de un referéndum secesionista plantea también la cuestión relativa a la pregunta que debe formularse y las consecuencias que se derivan de la votación. Al obligar a decidir únicamente sobre dos opciones —sí o no a la independencia—, desaparecen otras alternativas que pueden barajarse como solución al conflicto existente y que tal vez pueden recabar un apoyo mayoritario. Estas consideraciones ponen de manifiesto las limitaciones de la institución del referéndum cuando se trata de decidir sobre

cuestiones complejas que incluyen múltiples matices y respuestas diversas.

Por estas razones, y sin negar que el referéndum constitucional pueda ser una respuesta política y jurídica al conflicto catalán, creemos que no es la única ni seguramente la mejor.

El conflicto catalán, creemos, puede tener una mejor respuesta política y jurídica en un proceso de reforma constitucional que dé satisfacción a la reivindicación catalana de su reconocimiento como nación y su posición singular dentro del Estado español.

Este proceso de reforma constitucional, que sin duda plantea también importantes dificultades de orden político para poder llevarse a cabo, debería sustentarse en todo caso en el consenso de una amplia mayoría de partidos políticos sobre la reforma y el alcance de la misma. Una reforma que debe reconocer los logros del texto de 1978, pero también su agotamiento, así como la necesidad de recomponer la confianza de los españoles en su sistema político a través de la oferta de un nuevo texto constitucional sometido a referéndum. Una reforma, en fin, que pretenda reforzar la institución de la Constitución.

Manifestar la voluntad política de iniciar la reforma constitucional en clave federal, reconociendo el carácter plurinacional del Estado español, es hoy una necesidad urgente para ofrecer una alternativa real al desafío soberanista planteado desde Cataluña. Se ha llegado a afirmar que, si la opción secesionista muy difícilmente puede prosperar, la reforma constitucional en estos momentos es simplemente imposible. No compartimos en absoluto esta opinión, aunque reconocemos la dificultad de construir en estos momentos las necesarias complicidades entre las principales fuerzas políticas para impulsar la reforma de la Constitución. Precisamente por ello, apelamos a la necesidad de iniciar este camino[9].

Dentro de este marco general de referencia, no puede desconocerse que Cataluña ha ido marcando desde épocas anteriores al fin de siglo su propio camino reivindicativo, centrado en la demanda de una mejora en la calidad de las competencias propias, la reivindicación de un sistema de financiación que incremente la capacidad normativa y de gestión —y limite los niveles de solidaridad— y la exigencia del reconocimiento de su ser nacional, con todo lo que ello conlleva en lo que respecta a la reclamación de elementos identitarios de autogobierno.

Las causas que subyacen al conflicto actual se encuentran en el agotamiento del modelo del Estado autonómico, en la necesidad de su adaptación a la realidad de un Estado europeo del primer tercio del siglo XXI y en la desafección de buena parte del pueblo catalán respecto al marco constitucional que determina su autogobierno. Por tanto, no solo existe el problema catalán, pero este se desarrolla y crece dentro de un problema más amplio, que es el que afecta al conjunto del Estado de las autonomías. El modelo de organización territorial de España debe reformarse en su conjunto, y dentro de esta reforma puede darse respuesta a la mayoría de reivindicaciones del nacionalismo catalán. Se trata, pues, de apostar decididamente por impulsar la reforma de la Constitución en lo que concierne al sistema de organización territorial que la misma diseñó en 1978.

Por ello, creemos que una reforma constitucional que tenga como finalidad dotar a España de un marco constitucional acorde con las necesidades de un Estado europeo de estructura territorial compleja en el primer tercio del siglo XXI es, como acabamos de decir, la respuesta seguramente más razonable y viable al conflicto hoy existente en Cataluña.

3. LA CRISIS FUNCIONAL. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La crisis de nuestro sistema de organización territorial no es tan solo la que provoca

la reivindicación secesionista catalana, que ya no puede arreglarse con reformas estatutarias ni legislativas ni con una nueva doctrina del Tribunal Constitucional.

El agotamiento del modelo constitucional de 1978 es especialmente visible en su regulación del modelo de organización territorial. El Estado autonómico, que, como hemos dicho, no está definido en sus elementos esenciales en el texto de la Constitución y que fue construido posteriormente por los estatutos de autonomía y la doctrina del Tribunal Constitucional, muestra claros síntomas de disfuncionalidad. La Constitución, que fue útil para impulsar la descentralización política, no ofrece el marco necesario de referencia para organizar el funcionamiento del marco que permitió crear. La crisis económica ha agudizado las tensiones y se empieza a cuestionar el modelo desde diferentes puntos de vista. Para unos, hay que repensar el sistema de financiación y el alcance de la solidaridad; para otros, lo más relevante es introducir mayor racionalidad en el sistema de distribución del poder y suprimir, a tal fin, duplicidades y estructuras poco funcionales. Se habla de recentralizar competencias (devolver las que se poseen o no aceptar nuevos traspasos) y de suprimir entes autonómicos. Otros empiezan a plantear una reforma en profundidad de todo el modelo.

La reforma que se propone, una reforma del Estado autonómico para avanzar en la construcción de un Estado organizado en clave federal, permitiría avanzar en la solución de las diversas crisis que afectan a nuestro modelo de organización territorial. En primer lugar, reconocer la realidad nacional de algunos territorios (Cataluña y País Vasco) y la asimetría que de su singularidad se deriva en la asignación competencial. En segundo término, establecer mecanismos de vertebración del sistema a través de un Senado que sea una verdadera Cámara de representación territorial. En tercer lugar, diseñar un nuevo reparto competencial que esté fijado en la Constitución de forma clara y precisa, y que sea adecuado a la realidad de un Estado integrado en Europa en el primer tercio del siglo XXI. Por último, delinear un modelo constitucional de financiación autonómica basado en la suficiencia, la responsabilidad, la ordinalidad y en una solidaridad razonable.

Si bien es cierto que el federalismo aún suscita en España muchos rechazos (en general, la derecha lo identifica con el caos de la primera República y los nacionalistas con fórmulas igualitarias) y que existe un federalismo de izquierdas de raíz claramente igualitarista, lo cierto es que los modelos federales ofrecen hoy mayores garantías tanto para facilitar la convivencia plurinacional como para ordenar de modo eficiente un Estado ya ampliamente descentralizado como es el Estado autonómico español actual.

Apuntaremos, para finalizar, algunas ideas que, en nuestra opinión, pueden servir de base para una reforma general del modelo autonómico que permita dar respuesta a sus disfunciones actuales.

3.1. El título preliminar de la nueva constitución debería reconocer que España es un estado plurinacional que integra a las realidades nacionales de Cataluña y el País Vasco. Para ello, puede recuperarse la idea de España como nación de naciones. Un concepto ya utilizado por Anselmo Carretero, quien afirmó que «si España es una nación de naciones, la estructura de Estado a ella adecuada es naturalmente la federal, que permita y garantice el desarrollo de cada uno de sus pueblos dentro del conjunto, y el fortalecimiento de este con el de sus diversas partes»[10].

3.2. Si bien somos partidarios de establecer en el texto constitucional que España se configura como un Estado federal, también reconocemos que no debería ser esta una cuestión esencial para alcanzar un acuerdo. No es preciso entrar en un debate nominalista sobre la nueva configuración del Estado. Tampoco parece imprescindible calificar las partes integrantes del Estado como Estados miembros ni sus estatutos como constituciones.

3.3. No debería cuestionarse el mapa territorial del Estado de las autonomías. Las comunidades autónomas hoy existentes se han convertido en los pocos años de su existencia constitucional en realidades consolidadas. Desde un planteamiento meramente funcional-economicista, puede discutirse la justificación de alguna de ellas por razón de su tamaño o de sus recursos económicos. Pero esta diversidad también existe en otros Estados compuestos de larga tradición como Alemania; además, la articulación territorial del poder no puede responder solo ni prioritariamente a criterios funcionalistas. Por el contrario, sí es imprescindible llevar al texto constitucional la relación de comunidades autónomas y ciudades autónomas que constituyen el conjunto del Estado.

3.4. Un nuevo modelo de distribución competencial. La construcción de un Estado federal supone esencialmente distribuir poder entre los dos niveles básicos de gobierno, el Estado federal y los Estados miembros (o entes territoriales partes del Estado federal). A partir de este reparto, se organizan las estructuras de gobierno, se crean los instrumentos de relación y se distribuyen los recursos económicos.

La distribución de competencias debe llevarse al texto de la Constitución, lo que comportaría el fin del principio dispositivo. Consecuentemente, los estatutos de autonomía han de tener una posición diversa dentro del ordenamiento al no incluir ya las competencias propias —y, consecuentemente, y de forma indirecta, tampoco las del Estado—. Los estatutos de autonomía no deben ser aprobados por las Cortes Generales: deben someterse tan solo a un voto de ratificación final y, en su caso, a un control previo de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que debería resolverse en un plazo breve —tres meses—. Tras estos controles, y una vez refrendado por los ciudadanos de la comunidad autónoma, el estatuto debería sería inatacable jurídicamente.

3.5. Los mecanismos de garantía de los respectivos ámbitos competenciales pueden ser jurídicos y políticos, y ambos pueden coexistir. El hecho de que, en último término, las disputas competenciales deban solventarse ante el Tribunal Constitucional no excluye otras vías previas de acuerdos *ex ante* y *ex post* capaces de evitar el litigio constitucional. No puede desconocerse la importancia de recurrir a otras garantías no jurídicas con el fin afianzar el pacto constitucional y permitir su adaptación a una realidad socioeconómica cambiante. En este sentido, queremos destacar la necesaria presencia de los intereses de los Estados miembros en la composición del poder federal tanto por lo que hace a la configuración de las normas que directamente inciden en sus competencias (y aquí destaca el papel del Senado) como en la presencia en los órganos estatales cuya actuación incide en el ejercicio de sus competencias.

Desde la perspectiva de las comunidades autónomas, creemos que la garantía de su autonomía política mediante el respeto de los ámbitos competenciales propios podrá alcanzarse mejor a través del diseño de cauces de participación en las leyes que les afectan (papel del Senado) y a través de su participación en órganos constitucionales con relevancia autonómica (pensemos en los ente reguladores). Obviamente, sin renunciar por ello al papel que en todo caso debe reservarse al Tribunal Constitucional en la resolución de los recursos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencias.

3.6. La necesaria asimetría. Esta es seguramente la cuestión más polémica y compleja en lo que respecta a su plasmación jurídica. La nueva Constitución debería introducir elementos de asimetría en el reparto competencial.

Debe reconocerse el carácter singular de Cataluña y el País Vasco (tal vez también de Navarra y Galicia) como realidades nacionales que, en razón su propia historia, lengua propia, cultura y vocación de mantener en el tiempo esta realidad diferenciada deberían ser reconocidas como naciones dentro de la nación española. Estas singularidad tendría que

ir acompañada de un trato competencial diferenciado —que no debe verse en ningún caso como un privilegio— mediante la ampliación de las competencias exclusivas o concurrentes de estas comunidades autónomas en materias como la organización territorial, la educación, la cultura, la administración de justicia, el régimen de la lengua propia, el Derecho civil o la seguridad.

Se trata, en este caso, de una cuestión delicada, pero a la vez fundamental, cuya solución requiere un esfuerzo de comprensión sobre la realidad diferenciada de España y la necesidad de reconocer esta diferencia en la Constitución.

Técnicamente, esta singularidad competencial podría reconocerse en una disposición adicional que delimitara de forma precisa las competencias singulares de Cataluña y el País Vasco.

3.7. La conversión del Senado en una verdadera cámara de representación territorial. Dada su composición política, el Senado actual se ha convertido en un duplicado del Congreso de los Diputados cuya funcionalidad es prácticamente inexistente. Los diversos intentos de adecuar su composición y funciones a su definición como Cámara de representación territorial han fracasado. Por ello, muchos postulan su supresión.

No creemos que el Senado deba desaparecer. De hecho, suele ser una pieza esencial en los Estados federales como instrumento de necesaria articulación de las siempre complejas relaciones entre el Estado federal y los estados en él encuadrados.

La garantía del respeto del modelo constitucional de reparto de poderes, así como de un eficaz funcionamiento del Estado federal como sistema complejo, debe buscarse en un nuevo Senado. Nuevo en cuanto a su composición y a sus funciones.

Por lo que se refiere a su composición, nos inclinamos claramente por un Senado que se configure como consejo integrado por miembros de los Gobiernos autonómicos, de modo que las personas designadas para acudir al Senado (que pueden variar en función de los temas a tratar) sean expertos en los temas a discutir y defiendan los intereses de las respectivas comunidades autónomas.

En relación con sus funciones, estas deben ser la participación en la aprobación de las leyes del Estado que afectan a las comunidades autónomas, así como el impulso y dirección de las relaciones intergubernamentales y la participación de las comunidades autónomas en las instituciones del Estado y de la Unión Europea.

Otros mecanismos imprescindibles de relación entre el Estado y las comunidades autónomas son las conferencias sectoriales, la conferencia de Presidentes y los órganos bilaterales de relación. Por ello, creemos conveniente llevar su composición y funciones al texto constitucional.

3.8. El modelo de financiación. Si se distribuye el poder y se asignan competencias diferenciadas al Estado y a las comunidades autónomas —y, por tanto, responsabilidades también diferenciadas ante los ciudadanos—, debe procederse a la asignación de los recursos suficientes a cada uno de los niveles territoriales para que puedan hacer frente a los cometidos que les van a ser exigidos. Al reparto de las competencias se vincula, por tanto, el necesario reparto de los recursos financieros. Y esta es una batalla dura, dado el límite de los recursos a repartir, especialmente en época de crisis.

Si existe una realidad conflictiva, la solución a las controversias debe buscarse a través de normas acordadas que establezcan de común acuerdo el marco a través del cual encontrar las soluciones. Cuando se trata de repartir dinero, se suele afirmar que siempre es posible llegar a un acuerdo. En principio, esto es cierto: basta pactar previamente las reglas generales del reparto.

El problema de nuestro modelo actual es que no existe una norma constitucional en la

que se hayan establecido los principios generales que deben regir el reparto de recursos entre el Estado y las comunidades autónomas. Al elaborar la Constitución, no se llegó a ningún pacto al respecto. La Constitución se limita a permitir un sistema diferenciado —concierto y régimen común—, y remite la ordenación del régimen común a una ley orgánica posterior, la LOFCA. La realidad ha demostrado que cada cinco años se negocia de nuevo un sistema de distribución de recursos. La bonanza económica vivida hasta 2008 facilitó que se llegara a acuerdos a través de la aportación del Estado de más recursos, que se ponían sobre la mesa para repartir entre todas las comunidades autónomas. La situación ha cambiado y se hace más perentoria la necesidad de unas reglas constitucionales que establezcan los principios generales del modelo de financiación autonómica.

El reparto de los recursos económicos ha sido, por otra parte, un tema de discusión y enfrentamiento tradicional entre las comunidades autónomas del Estado y entre las propias comunidades autónomas. La determinación de los criterios a través de los cuales se fije de modo objetivo lo que corresponde a cada uno según sus necesidades (los servicios a prestar) y su esfuerzo fiscal, así como de la cuota respectiva de solidaridad, no es fácil. Los estudios de los expertos suelen diferir, y las propuestas finales dependen en muy buena medida de los criterios que se han escogido para elaborar dichas propuestas.

En todo caso, sí parece necesario llevar al texto constitucional los principios básicos de nuestro modelo de reparto de recursos financieros, de modo que cada cinco años no se pueda poner todo en cuestión y se establezcan unos límites razonables a las cuotas de solidaridad que corresponden a las comunidades autónomas que, en teoría, poseen excedentes en los servicios que han de garantizar. También habría de determinar qué cuota de solidaridad deberá recogerse en el cupo que se pacta con las comunidades forales.

En este sentido, la reforma constitucional podría guiarse por los siguientes criterios: suficiencia de recursos, solidaridad y ordinalidad, bilateralidad y multilateralidad, autonomía en la recaudación y, por último, posibilidad de incluir alguna referencia a la financiación de los entes locales como tercer nivel de distribución constitucional tributaria.

NOTAS

1. Los datos sobre el número real de catalanes favorables a la independencia no son conocidos de forma fiable, ya que no se ha celebrado un referéndum con las garantías democráticas que hubiera podido establecer una cifra contrastada. Las encuestas varían en función de sus autores y de las preguntas formuladas. Como datos más fiables, pero tampoco determinantes, ofreceremos los que nos proporcionan las dos últimas elecciones parlamentarias en Cataluña, identificando como votos favorables a la independencia aquellos que se otorgaron a partidos soberanistas y que en 2015 hicieron expresa manifestación de estar a favor de la independencia, es decir, CiU, ERC y la CUP en 2012, y *Junts pel Sí* (Convergencia y ERC) más la CUP en 2015. Pues bien, en 2012, con una participación del 67,8% CiU obtuvo el 31,2% de los votos, ERC el 13,9% y la CUP el 3,5%; total: el 48,6%. En 2015, con una participación del 77,4%, *Junts pel Sí* obtuvo el 39,7% de los votos y la CUP el 8,2; total: el 47,9. Un alto porcentaje, pero sin llegar a la mayoría de votos, que además parece estable en los últimos años. En comparación con otros referéndums, en Quebec la opción independentista obtuvo el 40,44% el año 1980 y el 49,4% en 1995. En Escocia, el sí a la independencia alcanzó el 44,7% el año 2014. Sobre estos datos pueden consultarse las explicaciones y valoraciones contenidas en los blogs de Robert Liñeira y Marc Sanjuan de septiembre de 2015 del Centre for Constitucional Change.

2. Este resurgir de los nacionalismos se ha visto acompañado en la segunda mitad del siglo XX de un nuevo neoregionalismo de contenido más funcional, que responde a la búsqueda de fórmulas de organización territorial más eficientes en unos Estados que cada vez asumían más funciones. Surge así la planificación regional y la identificación en el territorio de estructuras sobre las que descargar la ejecución de determinadas funciones mediante procesos de

descentralización o desconcentración. Son procedimientos *bottom up*, que en principio se limitan a reconocen realidades económicas, no colectividades con vocación de autogobierno.

3. Una completa relación de las reivindicaciones catalanas desde el inicio del proceso de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña hasta la reivindicación del derecho a decidir, como derecho a convocar un referéndum sobre la independencia de Cataluña y, en su caso, como el derecho a ejercer una soberanía propia para formular una declaración unilateral de independencia puede verse en Barceló *et al.*, (2015).

4. El Parlamento de Cataluña, CiU-ERC e ICV, por otro lado, y también un número de diputados presentaron en abril de 2014 un proposición de Ley Orgánica para que el Estado delegara en la Generalitat la competencia para autorizar, convocar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Cataluña de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150.2 de la Constitución. La Propuesta fue rechaza por el Congreso en trámite de toma en consideración por 259 votos en contra, 47 a favor y una abstención. El argumento del rechazo fue que no se podían delegar materias que por su propia naturaleza no son delegables, considerando la mayoría de los miembros del Congreso que entre estas materias indelegables se encuentra la celebración de un referéndum que afecta a la soberanía del conjunto del Estado.

5. El Consell de Garanties Estatutàries emitió el dictamen 19/2014 en el que avaló la constitucionalidad de la ley, si bien el dictamen contó con cuatro votos particulares contrarios a dicha constitucionalidad. Posteriormente, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ley en la sentencia 31/2015, de 25 de febrero, y mediante la sentencia 32/2015, de misma fecha, declaró la inconstitucionalidad del Decreto 129/2014 de 27 de septiembre de convocatoria de la consulta. No obstante, el Gobierno catalán convocó la consulta, que se celebró el 9 de noviembre de 2014. Este hecho ha motivado que el presidente de la Generalitat y las consejeras de gobernación y educación estén imputados e imputadas por la presunta comisión de los delitos de desobediencia, prevaricación, malversación y usurpación de funciones.

6. La singular doble pregunta era la siguiente: «¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado? Si o no». A continuación, y en caso afirmativo, se formula una segunda cuestión: «¿Quiere que este Estado sea independiente? Si o no».

7. Debe también hacerse mención a la Ley 3/2015 de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas, algunos de cuyos preceptos fueron impugnados ante el Tribunal Constitucional, quedando suspendida la eficacia de la citada ley (cuyo proyecto había recibido ya importantes críticas por parte del Consejo de Garantías Estatutarias en su dictamen 3/2015 de 26 de febrero, lo que supuso modificar parcialmente el proyecto inicial). La impugnación se centró en la llamada construcción de «estructuras de Estado» con el fin de tener preparado el mecanismo para hacer efectiva una futura «desconexión» de Cataluña respecto de España. En particular, el Plan Director de la Administración Tributaria de Cataluña, el inventario de bienes de todas las Administraciones en Cataluña, lo que incluía a la Administración del Estado, la creación de la Agencia Catalana de Protección Social y el Plan director relativo a los sectores de la energía, de las telecomunicaciones y los sistemas de información y del transporte ferroviario. El Tribunal Constitucional, en Auto de 3 de noviembre de 2015, decidió mantener la suspensión de la eficacia de la norma impugnada. Igualmente, cabe mencionar el Decreto 16/2015, de 24 de febrero, por el que se crea el Comisionado para la Transición Nacional y se articulan el Plan ejecutivo para la preparación de las estructuras del Estado y el Plan de infraestructuras estratégicas.

8. El Tribunal Constitucional admite el recurso, al entender que, de conformidad con la doctrina de su sentencia 42/2014, de 25 de marzo, que la resolución recurrida es un acto perfecto o definitivo con capacidad para producir efectos jurídicos. En cuanto a su contenido, el Tribunal, en su F.J. 6 *in fine* concluye que «la resolución impugnada desconoce y vulnera las normas constitucionales que residencian en el pueblo español la soberanía nacional y que, en correspondencia con ello, afirman la unidad de la nación española, titular de esa soberanía (arts.1.2 y 2 CE). Se trata de una infracción constitucional que no es fruto, como suele ocurrir en las contravenciones de la norma fundamental, de un entendimiento equivocado de lo que la misma impone o permite en cada caso. Es resultado, más bien, de un expreso rechazo a la fuerza de obligar de la Constitución misma, frente a la que se contrapone, de modo expreso, un poder que se reclama depositario de la soberanía y expresión de una dimensión constituyente desde los que se ha llevado a cabo una manifiesta negación del vigente ordenamiento constitucional. Se trata de la afirmación de un poder que se pretende fundante de un nuevo orden político y liberado, por ello mismo, de toda atadura jurídica».

De nuevo, en la línea de la sentencia 42/2014, el Tribunal añade que la Constitución «como ley superior no pretende para si la condición de *lex perpetua*», por lo que es plena la apertura de la norma fundamental para su revisión formal a través de los cauces de la propia Constitución, pero no a través del cauce unilateral que pretende el Parlamento catalán.

9. En la academia cada vez son más las voces favorables a la reforma constitucional. Así, entre otros, muchos, podemos destacar el documento de la fundación FUNCIVA, coordinado por el profesor Javier Tajadura (2012), Muñoz Machado (2013) y Aja (2014). Sectores relevantes de la vida económica y social se van sumando a la reivindicación de la reforma constitucional. Así, el documento elaborado por el Círculo Cívico de Opinión con el título *A favor de la concordia* termina afirmando que «es perentorio detenerse a considerar hasta dónde pueden ser atendidas las reclamaciones de Cataluña e iniciar el debate sobre la reforma de la Constitución». La Fundación Alternativas ha impulsado el documento *Una España federal en una Europa federal*, de julio 2014, en el que se solicita que «seamos sensatos, a la vez que audaces, y abordemos las reformas constitucionales necesarias en el más amplio consenso». La experiencia acumulada hace más fácil el diseño jurídico de la solución política a la que se pueda llegar. Más recientemente, cabe citar como ejemplos las reflexiones y propuestas del Informe *Pautas para una reforma constitucional*, del Instituto de Derecho Parlamentario, dirigido por el profesor García Roca. *Vid.,* asimismo, Muñoz Machado (2014) y Ariño (2015: 158-172).

10. Idea que también han defendido Jordi Solé Tura y el historiador José María Jover. Este último ha dicho que «hablar de España como nación de naciones no encierra ninguna contradicción; mas si supone, a mi manera de ver, una forma adecuada de expresar en tres palabras la complementariedad y recíproco encaje existente entre España y el conjunto de regiones y naciones que la integran, definidas estas últimas por su lengua y tradición histórica peculiares, así como por la voluntad de desarrollar su respectiva personalidad en el marco de una realidad histórica, no solo estatal, que las trasciende: España» (Piqueras, 2014: 407).

BIBLIOGRAFÍA

AJA, Eliseo (2014): *Estado autonómico y reforma federal*, Madrid: Alianza Editorial.

ARIÑO, Gaspar (2015): *La independencia de Cataluña*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.

BARCELÓ, Mercé *et al.* (2015): *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho,* Barcelona: Atelier.

KEATING, Michael (2001): *Nations against the State. The news politics of nationalism in Quebec, Catalonia and Scotland*, Londres: Palgrave.

— (2003): «Sovereignity and plurinational democracy: problems in political science», en M. Walker (ed.) *Soveraignity in transition*, Oxford: Hart, 191-209.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2013): *Crisis y reconstitución de la estructura territorial del Estado*, Madrid: Iustel.

— (2014): *Cataluña y las demás Españas*, Madrid: Crítica.

NAIM, Tom (1987): *The break-up of Britain. Crisis and neo-nationalism*, London: New Left Books.

PIQUERAS, José Antonio (2014): *El federalismo, la libertad protegida, la convivencia pactada*, Madrid: Cátedra.

REQUEJO, Ferran (2001): «Political liberalism in multinational states: the legitimacy of plural and asymmetrical federalism», en A-G. Gagnon y J. Tully (eds.), *Multinational Democracies*, Cambridge: Cambridge University Press, 110-132.

TIERNEY, Stephen (2005): «Reframing sovereignty? Sub-estate national societies and contemporany challenges to the Nation-State», *International and Comparative Law Quarterly*, 54, 161-183.

TORNOS, Joaquín (2014): «El derecho a decidir no existe pero el Gobierno debería convocar la consulta», en E. Segarra (coord.), *Existe el derecho a decidir*, Barcelona: Tibidabo, 311-340.

— (2015): *De Escocia a Cataluña. Referéndum y reforma constitucional*, Madrid: Iustel.

VIVER PI-SUNYER, Carles y Mireia GRAUS CREUS (2013): «La contribució del Parlament al procés de consolidació i desenvolupament de l'autogovern de Catalunya i a la defensa de la seva identitat nacional», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 18, 88-125.

Fecha recepción: 16 de febrero de 2016
Fecha acpetación: 16 de mayo de 2016

CRISIS DEL SISTEMA AUTONÓMICO Y DEMANDAS DE SECESIÓN: ¿ES EL SISTEMA FEDERAL «LA» ALTERNATIVA?

CRISIS OF THE TERRITORIAL AUTONOMY AND SECESSIONIST DEMANDS: IS THE FEDERAL SYSTEM «THE» ALTERNATIVE?

Alberto López Basaguren

Catedrático de Derecho constitucional
Universidad del País Vasco

RESUMEN

Este trabajo parte de la crisis del sistema autonómico para plantear la forma en que debe afrontarse, por la vía de un desarrollo homologable a los sistemas federales más solventes de nuestro entorno. La crisis secesionista no es la causa, sino el efecto de la crisis del sistema autonómico. Un estallido (el secesionista) que no sería comprensible sin la incapacidad para resolver de forma suficientemente satisfactoria los problemas que se habían venido poniendo de manifiesto; muy especialmente, el de la financiación. La experiencia comparada pone de relieve que solo un sistema federal fuerte y coherente puede permitir encauzar la crisis, pero dando adecuada respuesta a las particulares circunstancias del país.

PALABRAS CLAVE

Autonomía territorial, Sistema federal, Secesión

ABSTRACT

This paper considers the crisis affecting the system of territorial autonomy in Spain. And it argues that the only possible way to overcome this is evolution via the route taken by the most reliable and established federal systems in the world. The author believes that the secessionist crisis is not the cause but the effect of the crisis of our system of territorial autonomy. In this sense, it would be impossible to understand the outbreak of the secessionist crisis without taking into account the inability to resolve, in a satisfactory manner, the problems that had been increasingly apparent during recent years; in particular, the financial question. Comparative experience shows that only a strong and coherent federal system has the capacity to contain and overcome the crisis. But without forgetting that Spain needs to respond appropriately to the country's particular circumstances.

KEY WORDS

Territorial autonomy (Devolution), Federal System, Secession

CRISIS DEL SISTEMA AUTONÓMICO Y DEMANDAS DE SECESIÓN: ¿ES EL SISTEMA FEDERAL «LA» ALTERNATIVA?

Alberto López Basaguren*
Catedrático de Derecho constitucional
Universidad del País Vasco

Sumario: 1. La crisis del sistema autonómico: la necesidad de romper el círculo vicioso. 2. Las demandas de secesión: ¿un callejón sin salida? 3. ¿Es el sistema federal «la» alternativa? 4. ¿Qué sistema federal para España?

1. LA CRISIS DEL SISTEMA AUTONÓMICO: LA NECESIDAD DE ROMPER EL CÍRCULO VICIOSO

Los acontecimientos de los últimos años tendrían que llevar a aceptar, de forma pacífica e incontestable, que el sistema autonómico padece una grave crisis. Una crisis evidente, ciertamente, en lo que respecta a su capacidad para lograr la pacífica y suficientemente satisfactoria integración política de los distintos pueblos a los que se refiere el preámbulo de la Constitución. No hay que olvidar que la integración política es, precisamente, el fin último de todo sistema político de tipo federal, de forma que este debe considerarse fallido —o en serio riesgo de serlo— cuando una parte muy relevante de alguno de aquellos pueblos respalda la secesión como objetivo político a conseguir, como ocurre en estos momentos en Cataluña y, en menor medida, en el País Vasco[1].

Está muy extendida en España la opinión de que el problema provocado por las propuestas secesionistas no puede encontrar solución en el marco de un sistema federal. El silogismo que se utiliza parece incontestable: si los nacionalistas persiguen la independencia, el sistema federal nunca podrá satisfacer sus anhelos, por lo que este no puede ser la solución. En mi opinión, sin embargo, se trata de una forma errónea de analizar el proceso político y sus posibles vías de solución.

No son las demandas secesionistas ni la existencia de partidos nacionalistas la causa

* El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación DER2013-47774-P, Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO).

de la crisis del sistema autonómico, sino que es esta crisis la que propicia que los partidos nacionalistas opten por la estrategia de la secesión; y, sobre todo —pues esto es lo que importa—, que una parte cualitativamente muy relevante de la sociedad los respalde en esa estrategia. Ciertamente, la crisis secesionista es posible por la existencia de sociedades en las que existe un fuerte sentimiento nacional diferenciado en una parte importante de la misma; y la opción independentista siempre es una tentación para muchos de los que se identifican con el nacionalismo. Pero el nacionalismo solo opta por la estrategia de la ruptura en situaciones de crisis —o mejor, solo en situaciones de crisis tiene posibilidades de arrastrar a una parte cualitativamente importante de la sociedad—. Por esa razón, el problema no es si el sistema federal satisface o no a los nacionalistas, sino si satisface suficientemente a la mayoría de una determinada sociedad. Si es así, el nacionalismo no optará por una estrategia política que propugne la independencia, o tendrá que atemperarla a la espera de una coyuntura más favorable para no perder su capacidad de liderazgo político.

Las opiniones que se han criticado arriba tienen una visión estática del apoyo social a los partidos nacionalistas. Se trata, por el contrario, de un fenómeno profundamente dinámico, que depende de la percepción de la ciudadanía sobre la forma (adecuada o inadecuada) en que el sistema político satisface sus demandas. La cuestión, por tanto, no es que los nacionalistas consideren insuficiente el sistema autonómico, sino si las circunstancias les permiten convencer a una parte cualitativamente relevante de la sociedad de la importancia determinante de esa insuficiencia e incluso de la necesidad de la ruptura.

Planteadas así las cosas, la salud del sistema autonómico es determinante. La capacidad para articular un sistema de autogobierno sólido y coherente es condición indispensable para afrontar con posibilidades de éxito la integración suficientemente satisfactoria de las sociedades en las que existe un fuerte sentimiento nacional diferenciado. En cambio, si el sistema de autogobierno tiene importantes incoherencias internas y debilidades que provocan insatisfacción, será fácil presa de la descalificación por parte de las fuerzas nacionalistas que reclaman mayores cotas de poder autónomo para el territorio. Esta labor de desautorización del sistema tendrá mayores posibilidades de ser respaldada por una parte importante de la sociedad y que permitirá, en su caso, optar por una estrategia de ruptura con un importante respaldo social.

Tanto en el proceso político seguido en el País Vasco en torno al llamado «Plan Ibarretxe», como en el que se viene desarrollando en Cataluña, la exitosa descalificación del sistema autonómico por parte de las fuerzas nacionalistas ha sido un elemento determinante (López Basaguren, 2008) sin cuya toma en consideración no es posible entender la evolución de los acontecimientos. En el caso catalán, por ejemplo, ha sido decisiva la insatisfacción con el sistema de financiación y la incapacidad para hallar una solución adecuada y estable, descontento que venía a sumarse a una larga lista de insuficiencias (López Basaguren, 2013*a*)[2].

Durante estos decenios, la literatura académica ha puesto de relieve los problemas que se planteaban en relación con el desarrollo del mapa autonómico y la necesidad de intentar ponerles remedido mediante una reforma del sistema de distribución territorial del poder. En este sentido, fue ejemplar el trabajo de Aja y Viver (2003), que trató de exponer esos problemas en una visión de conjunto cuando se cumplieron los veinticinco años de la aprobación de los Estatutos de Autonomía del País Vasco y de Cataluña; y son numerosos los análisis que se han centrado en cada uno de los problemas que se venían diagnosticando.

La primera constatación ineludible es la falta de voluntad para poner remedio a estos problemas o la incapacidad para resolverlos satisfactoriamente. No es este el lugar para acometer un análisis detallado de estas dificultades y de las reformas que serían necesarias para

afrontarlas con posibilidades de éxito, pero sí es necesario precisar su origen.

En mi opinión, en la base de la crisis del sistema autonómico está su *singularidad* en el panorama de los sistemas federales y la visión política que subyace al mismo. Se trata de un problema que tiene un claro origen histórico, pero que se ha consolidado y que es considerado por muchos como una característica idiosincrásica del sistema español. Es sabido que el modelo establecido en la actual Constitución procede de la Constitución de 1931, texto en el que está la fuente de dos de los problemas fundamentales que el sistema autonómico de 1978 ha sido posible resolver adecuadamente.

Por una parte, la opción por un modelo abierto o, incluso, un modelo *a la carta*. Un modelo abierto en relación con los ámbitos geográficos que aspiraran a constituirse en territorios autónomos, que respondía a la idea de que había que dar respuesta a la reclamación de autonomía de territorios como Cataluña o el País Vasco, pero que no debía imponerse a los que no la desearan. El carácter abierto del modelo fue una opción lógica en 1931 porque no existía una visión cerrada y consolidada de cómo sería la estructura de la autonomía territorial; y en 1978, porque la corta —y entrecortada— experiencia republicana y los cuarenta años de régimen franquista impidieron que la cuestión estuviese ya resuelta. El modelo *a la carta* era deudor de la idea de los constituyentes republicanos de que la forma más adecuada de resolver la llamada «cuestión regional» era dejar que cada territorio asumiese el poder y las competencias acordes con la intensidad de sus demandas políticas de autonomía.

Pero el problema fundamental del sistema no reside en su carácter abierto y *a la carta*, sino en la intención que subyace a su regulación: el rechazo del modelo federal y las consecuencias vinculadas a ese rechazo. De forma plenamente consciente, los constituyentes republicanos trataron de articular un sistema de autonomía territorial que se apartara nítidamente del modelo federal. En esa opción influyó, sin duda, la fracasada experiencia de la primera República (Varela Suanzes-Carpegna, 2013), que ha llevado a identificar en España sistema federal con caos político —una idea que, en algunos sectores, perdura en nuestros días, para sorpresa de quienes nos observan desde la experiencia de países federales— y a considerarlo, por tanto, un sistema inadecuado para nuestro país. Sobre este telón de fondo, entre los constituyentes republicanos tomó cuerpo una singular interpretación de la evolución de los sistemas federales que les llevó a considerar que el federalismo era un sistema superado, como a su juicio mostraba la experiencia de la Constitución alemana de Weimar de 1919 (Jiménez de Asúa, 1946: 105, 111 ss.). Esta última idea condujo no solo a una articulación del sistema autonómico con algunas singularidades y algunas lagunas que, en general, se han demostrado nocivas para su adecuado desarrollo, sino, sobre todo, a una interpretación restrictiva de los poderes que podrían corresponder a los territorios.

Los presupuestos que están en la base de la singularidad del modelo español carecen ya de fundamento. El sentido del carácter abierto del sistema ha sido superado, dado que el mapa territorial se ha cerrado con la generalización de los territorios autónomos. El modelo *a la carta* en la determinación de los poderes a asumir por cada territorio se ha demostrado fallido, cuando menos para la consecución de los objetivos de *acomodamiento* de los territorios según su demanda de autonomía. Se trata de una opción que, aunque parece de una lógica irrebatible (cada territorio asume la autonomía que se corresponde a su conciencia política), parece inevitablemente destinada a fracasar, como se ha demostrado en el sistema británico, que tenía similares pretensiones (López Basaguren, 2014*a*). La idea de que el federalismo supone caos político y de que no es un sistema idóneo para España tendría que haber desaparecido del imaginario político, tanto por la experiencia de los países federales de nuestro entorno —en los que el sistema federal es sinónimo de estabilidad política— como por la

propia evolución del sistema autonómico durante estos decenios, que, más allá de la polémica nominal, lo ha situado entre los sistemas de ese tipo. Pero, sobre todo, se ha demostrado errónea la interpretación de los constituyentes republicanos de que el sistema federal era un sistema superado.

Los sistemas federales han evolucionado de forma importante, pero se mantienen plenamente vivos; la evolución de los sistemas federales, con importantes reformas constitucionales en algunos casos, ha puesto de relieve su capacidad de adaptación sin perder sus fundamentos. En contra de lo que pensaban los constituyentes republicanos, la evolución de los sistemas federales y su adaptación a la evolución económica, social y política no ha supuesto una superación del sistema federal, sino su reafirmación; las crecientes exigencias «unitarias» del desarrollo económico se han hecho compatibles con nuevas formas de revitalización de los fundamentos de distribución del poder y de pacto entre las partes integrantes del sistema, que están en la base de la idea federal (Elazar, 1987). En este sentido, a pesar del proceso de centralización que ha llevado aparejado el desarrollo económico, la evolución de los sistemas federales no ha traído consigo, fuera del ámbito económico, un debilitamiento de los poderes de los territorios que, con carácter general, propicie o imponga la idea de las competencias compartidas y la subordinación de los poderes de los territorios a los principios o bases establecidos por el poder central, como interpretaron los constituyentes de 1931. Por el contrario, en los sistemas federales se han reabierto vías de reforzamiento de las competencias territoriales y han tratado de garantizarse de la forma más consistente los ámbitos de poder de los territorios, como han puesto de relieve, por ejemplo, las reformas constitucionales de Suiza (1999) (Auer *et al.*, 2013) o de Alemania (2006) (Arroyo Gil, 2009). Ante la inevitable concurrencia de intervención por parte de unos y otros poderes, en estas reformas han tratado de delimitarse con mucha mayor precisión los ámbitos respectivos de la federación y de los territorios dentro de un misma materia mediante una labor de disección más precisa de los ámbitos respectivos de competencia. Y es significativo que en la reforma de la Constitución alemana hayan desaparecido prácticamente dos elementos fundamentales que, a partir de la Constitución de Weimar, nuestros constituyentes de 1931 consideraron que definían el modelo de superación del federalismo: las leyes marco (*Rahmengesetzgebung*) y la legislación básica federal (*Grundsatzgesetzgebung*); esta última queda, fundamentalmente, reducida al Derecho presupuestario del artículo 109.4, una vez derogada su previsión en el ámbito de las «tareas comunes» del artículo 91a (Arroyo Gil, 2009: 70 ss., 75 ss.).

Es importante reconstruir los fundamentos de la opción por la singularidad del sistema autonómico español, porque pone de relieve, en toda su extensión y profundidad, no solo que los motivos que llevaron a aquella opción han desaparecido, sino, sobre todo, que la razón que más consistentemente nos ha llevado a esa singularidad se ha asentado en una interpretación de la evolución de los sistemas federales que el tiempo ha demostrado errónea. Y los sistemas federales tradicionales, en su evolución, han demostrado mayor solvencia y capacidad para afrontar los problemas que plantea la integración de distintas comunidades en un mismo sistema político democrático que la singular vía española. Ello tendría que llevar a plantear la imperiosa necesidad de romper el círculo vicioso en el que, con aquella opción histórica, se sumergió España. En tanto no se rompa ese círculo vicioso, resultará muy difícil afrontar en condiciones la crisis del sistema autonómico.

2. LAS DEMANDAS DE SECESIÓN: ¿UN CALLEJÓN SIN SALIDA?

Que el sistema autonómico esté en crisis no significa que cualquier alternativa al mismo sea defendible. La crisis del sistema puede te-

ner como consecuencia, ciertamente, un fuerte debilitamiento de su capacidad de integración de las distintas comunidades que conforman el Estado. Es lo que podríamos denominar la *crisis interna*. Esta crisis plantea un importante reto al sistema político, pues en un sistema democrático no es fácilmente sostenible en el tiempo una profunda crisis asociada a la percepción por parte de la mayoría de determinado territorio de que la integración en el Estado no es suficientemente satisfactoria. Provocaría una grave crisis de legitimidad del sistema político, especialmente si una parte cualitativamente relevante de la población de ese ámbito geográfico considera que la secesión es la alternativa a aquel descontento.

Los procesos de secesión que se han planteado en nuestro entorno ponen de manifiesto que una profunda *crisis interna* es condición indispensable para que la pretensión secesionista pueda tener posibilidades de ser respaldada mayoritariamente. En un sistema democrático, sin embargo, incluso esa vertiente interna comporta unas exigencias que, en sociedades desarrolladas y, por tanto, muy complejas, no son fáciles de cumplir. Es lo que puso de manifiesto el conocido dictamen (*Reference/Renvoi*) del Tribunal Supremo de Canadá sobre la secesión de Quebec (1998) (López Basaguren, 2013*b*). Tales exigencias no se refieren únicamente a la demanda de una mayoría clara (*a clear majority as a qualitative evaluation*) en respuesta a una pregunta clara, sino que pueden afectar a otros aspectos como consecuencia de la exigencia de afrontar las negociaciones para la hipotética secesión con fidelidad a los principios que subyacen a la constitución (principio de legalidad, federal, democrático y respeto de las minorías). Es lo que, en relación con la integridad territorial de Quebec, evidenció la contradicción entre la necesidad de que Canadá aceptara la divisibilidad de su territorio —si, en aquellas condiciones, una comunidad territorial expresa su voluntad favorable a la secesión— y la indivisibilidad del territorio de Quebec establecida en la *Loi sur l'exercise des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* (13/12/2000), con la que la *Assemblée national* de Quebec se enfrentaba a la *Clarity Act* (29/06/2000), sobre las consecuencias que se derivaban del dictamen del Tribunal Supremo.

La suerte de la propuesta independentista, sin embargo, no solo depende de la crisis política interna sobre la que se sostiene el apoyo social. Depende, fundamentalmente, de dos elementos externos a la percepción social de la crisis del sistema. Por una parte, lo que puede denominarse los *costes* de la secesión; y, por otra, el *contexto externo*. La interrelación entre esos tres factores determinará la mayor o menor viabilidad de la estrategia secesionista en un lugar y un tiempo determinados.

Por una parte, no es fácil que una consideración tan radical sobre la crisis del sistema de integración política y sus insostenibilidad sea respaldada por una mayoría cualificada de la sociedad en supuestos de sociedades desarrolladas y complejas que forman parte de un sistema político democrático en el que se reconoce la autonomía territorial y la protección y reproducción de sus características distintivas como sociedad (lengua, cultura u otras) y en la que los sentimientos de identidad son complejos. Eso es lo que ha podido constatarse en Quebec —en el referéndum de 1995 y en el proceso político que se ha desarrollado desde aquel momento hasta nuestros días (López Basaguren, 2014*c*)—, en Escocia a raíz de la celebración del referéndum sobre la independencia de septiembre de 2014 (López Basaguren, 2015) y, finalmente, en Cataluña: resulta extraordinariamente difícil obtener una mayoría cualificada del electorado a favor de la ruptura cuando, al plantearse una disyuntiva que afecta de forma tan profunda al futuro de esa sociedad, la participación del electorado es comparativamente muy elevada[3].

En la dificultad de alcanzar una mayoría cualitativamente significativa influye, ciertamente, la compleja configuración social, que supone que hay una parte significativa de la sociedad que no comparte el diagnóstico de

la necesidad de la ruptura. Las razones son de muy diverso tipo, pero es claro que entre ellas figura el aspecto de los *costes* de la secesión. Esa es una cuestión que ya se manifestó en los dos referéndums realizados en Quebec y que explica que en la pregunta sometida a votación trataba de diluirse la opción de la ruptura (secesión) en una propuesta de oferta de negociación de un nuevo *partenariat* de Quebec con Canadá. Y es una cuestión que ha quedado meridianamente clara en el referéndum de Escocia. A pesar de que el Gobierno británico aceptaba verbalmente que la victoria por simple mayoría de la opción a favor de la independencia sería aceptada y considerada suficiente, el debate sobre los beneficios que la unión durante tres siglos con el resto del Reino Unido había representado para Escocia y las condiciones en que Escocia tendría que acceder a la independencia, con los riesgos que entrañaban, fueron determinantes. Cuando se acercaba el día del referéndum, y ante la posibilidad de victoria del «sí», se produjo la reacción de actores económicos relevantes, así como de una parte de la población, que puso en evidencia los serios riesgos que la opción independentista representaba para la estabilidad económica de Escocia y que provocó el retraimiento de un sector del electorado que parecía inicialmente dispuesto a votar a favor de la independencia. La inevitable incertidumbre de un proceso hacia la independencia (Tierney, 2014) suele tener efectos muy profundos sobre el electorado de una sociedad desarrollada e instalada en el bienestar.

Hay, además, un tercer elemento que se sitúa en parte en el ámbito de los costes y en parte en el de las condiciones de viabilidad de la opción independentista: el elemento externo. Ciertamente, ha habido algunos casos de estrategias exitosas hacia la independencia, pero el primer elemento de discriminación es el carácter consensuado o no de la misma. Si hay acuerdo sobre la independencia entre las partes implicadas, las posibilidades de una conclusión exitosa son evidentes. Es lo que ocurrió en el caso de Checoslovaquia. Pero si no existe acuerdo entre las partes, las dificultades para una salida exitosa aumentan de forma exponencial. Solo una coyuntura histórica singular, de gran crisis, ha permitido hasta ahora el éxito de una empresa semejante. Es el caso de las colonias norteamericanas en el contexto de la confrontación en América entre Inglaterra, Francia y España y de la gran distancia geográfica con la metrópoli. Y es igualmente el caso de la independencia de Irlanda, en los estertores de la Gran Guerra, con una Inglaterra volcada en el conflicto europeo y exhausta por el esfuerzo que aquel conllevaba. El otro supuesto de éxito —si es que en este caso resulta procedente utilizar esta palabra— de la pretensión secesionista es el de la *remedial secession* adoptada por la comunidad internacional en el caso de Kosovo[4]. No obstante, se trata de un supuesto en el que, por las circunstancias que concurrían, ha sido determinante el respaldo de la comunidad internacional. El análisis de los supuestos de declaración unilateral de independencia (DUI) fuera de los casos señalados muestra la situación a la que, cuando menos hasta ahora, aboca una opción de este tipo.

En el marco en el que nosotros nos encontramos, el de un Estado integrado en la UE, el elemento exterior adquiere unas características aún más singulares, pues hoy por hoy parece difícilmente imaginable una opción independentista que no presuponga, al mismo tiempo, la integración —o, si se prefiere, la permanencia— del nuevo Estado independiente en la UE. Si, por una parte, la pertenencia a la UE parece ofrecer garantías de tratamiento democrático de la pretensión independentista, por otra impone importantes condicionantes tanto respecto a las exigencias del proceso político seguido por quienes pretenden la secesión como de aceptación de su integración en la UE (López Basaguren, 2014*b*); una situación que, si no está garantizada previamente, hace muy difícilmente viable no ya la propia posibilidad de que la independencia sea real y efectiva, sino del propio respaldo mayoritario interno a la opción independentista.

La confluencia de todas estas circunstancias lleva, a mi juicio, a la conclusión de la difícil viabilidad que actualmente tiene la opción independentista en sociedades desarrolladas y a la constatación de que aboca a un callejón sin salida. Solo un cambio de las condiciones cualitativas podría alterar esta situación, un cambio que puede afectar a un país en particular[5] o al orden europeo global en el supuesto de una grave crisis de la UE.

En cualquier caso, la pretensión secesionista en sociedades desarrolladas es tan compleja que, incluso en el supuesto de victoria de la opción independentista en un referéndum expreso sobre la cuestión, hay muchos elementos que parecen indicar que el callejón sin salida podría ser difícilmente eludible. Esto es lo que quedó demostrado en el caso de Quebec cuando se analiza la estrategia política concebida para el supuesto de que, como parecía del todo probable en los días inmediatamente anteriores al referéndum de 1995, el «sí» hubiese obtenido una ajustada victoria (Hébert, 2014)[6]. En el caso del referéndum escocés, se planteaba el problema de que, dadas las condiciones de negociación de la independencia adelantadas por el Gobierno británico en los informes de la serie *Scotland analysis* y su rechazo por parte del SNP, una hipotética victoria del «sí» no clarificaba qué Escocia independiente surgiría de esas negociaciones, por lo que, una vez concluidas estas, parecía ineludible un segundo referéndum (Bogdanor, 2012). Unas negociaciones que, aunque sea aventurado formular hipótesis sobre esta cuestión, parecían conducir a una Escocia independiente difícilmente viable.

La perspectiva del propósito secesionista de las fuerzas nacionalistas catalanas resulta aún más complicada. En la tradición política española, la pretensión de secesión de algunos de sus territorios ha sido la fuente de los más enconados enfrentamientos y descalificaciones políticas, así como una de las justificaciones tradicionales para poner fin a los periodos democráticos. Y sigue siendo un elemento de muy difícil manejo. En el sistema constitucional español ni tan siquiera parece posible la celebración de un referéndum sobre la independencia territorialmente circunscrito a ese territorio como los realizados en Quebec y en Escocia. Las circunstancias políticas y económicas hacen difícilmente imaginable la aceptación negociada de un proceso de secesión en el caso hipotético de que una mayoría cualificadamente clara de la población de un territorio la respaldase.

Ciertamente, el sistema político español corre el riesgo de no saber gestionar el reto secesionista de una forma que, ante la comunidad internacional, le permita superar con solvencia el *test* político de idoneidad democrática. Los antecedentes históricos no son muy halagüeños y, en la actualidad, la utilización de la legalidad como único argumento de oposición tanto a las demandas de secesión como a las de celebración de un referéndum territorial ha dejado al sistema político español sin iniciativa y a la arena del debate político abandonada a la acción de las organizaciones que promueven la independencia. Pero, por otra parte, las fuerzas que defienden la secesión corren el riesgo de cometer el grave error de optar por quebrantar la legalidad, lo que, añadido al insuficiente apoyo electoral, constituiría un grave problema para su pretensión de obtener el respaldo de la comunidad internacional.

Durante el largo periodo de debate que precedió al referéndum de Escocia fue muy significativa la insistencia de los líderes del movimiento independentista en distanciarse del proceso político de Cataluña, a pesar de la profunda admiración que produjo la capacidad de movilización social en las sucesivas *Diadas* de los años 2012, 2013 y 2014, justo a las puertas del referéndum; una movilización que el nacionalismo escocés no se consideraba capaz de igualar. En ese sentido, relevantes figuras tanto políticas como académicas insistían en que el proceso de Escocia difería radicalmente del de Cataluña, porque aquel se desarrollaba dentro de la legalidad y la independencia de Escocia, en cualquier caso, sería una independencia acordada con el Reino Unido, dos condiciones

que no se cumplían en el caso catalán. Además, añadían, la independencia de Escocia nunca debía ser considerada un antecedente que justificase la independencia de otros territorios integrados en el seno de Estados miembro de la UE.

Aunque estas afirmaciones deben ser situadas en el contexto de una estrategia política determinada, ponen de relieve los problemas a los que se enfrenta un proceso de este tipo en el seno de la UE: las dificultades de la pretensión secesionista fuera de la legalidad y del acuerdo, así como el riesgo de la creación de precedentes para el futuro.

El callejón sin salida al que, salvo situación absolutamente excepcional, parece abocar la opción por la secesión vuelve a plantear la necesidad de enfrentarse a la crisis interna del sistema tratando de reformarlo. Un destacado observador catalán ya puso de manifiesto, en la crisis de los años treinta, la contradicción en que incurría el independentismo al considerarse incapaz de lograr la reforma del sistema político español, pero capaz de lo que, a todas luces, era una tarea mucho más difícil: lograr la independencia de Cataluña (Gaziel, 2013: 135)[7]. La repetición de un error similar parece ya casi inevitable.

3. ¿ES EL SISTEMA FEDERAL «LA» ALTERNATIVA?

Planteadas las cosas así, la cuestión es qué alternativa tenemos para tratar de encauzar con posibilidades de éxito la crisis política en la que está sumida España. La experiencia en nuestro país —y en otros— pone de relieve que no es fácil afrontar crisis como la que afecta al sistema político español, que los objetivos deben ser relativamente modestos (lograr un acomodo suficientemente satisfactorio, asumido de manera pragmática) y que cualquier objetivo que lo trascienda (volver a ganar el corazón de quienes no se sienten integrados) requiere mucho tiempo… si se acierta (Tomkins, 2014).

Por una parte, resulta difícil imaginar la consolidación de un sólido sistema democrático en España sin un amplio y profundo reconocimiento de la autonomía territorial, a pesar de que haya sectores que promueven un proceso de recentralización y parecen creer que ello es posible. Por otra, la experiencia de otros países sugiere que el sistema federal es el único que se ha mostrado capaz de afrontar el reto secesionista y conseguir una integración suficientemente satisfactoria para la mayoría de la sociedad en la que aquel se plantea.

Tenemos a nuestro alcance dos tipos diferentes de experiencias; aquellas en las que el sistema político fue incapaz de lograr una integración satisfactoria y aquellas en las que, a pesar de las dificultades, el sistema político ha logrado que la mayoría de la sociedad no apoye la opción secesionista, a pesar de que persistan fuerzas políticas que la propugnen.

Entre las primeras, el ejemplo más cercano desde el punto de vista geopolítico es el de Irlanda, que se convirtió en Estado independiente, de hecho, en 1922[8]. Aunque la independencia de Irlanda fue favorecida (¿posible?) por el contexto de la Gran Guerra, la crisis interna debida al fracaso de los sucesivos proyectos de *Home Rule* para Irlanda fue la que llevó a las puertas de la secesión. Kendle (1989) ha analizado con gran agudeza la influencia —decisiva, a su juicio— que las incoherencias de los sucesivos proyectos de *Home Rule* —especialmente, los dos primeros, elaborados por el *premier* William Gladstone— tuvieron en su rechazo por parte del Parlamento británico. Tales incoherencias, que eran consecuencia de la hostilidad a la solución federal en el Reino Unido, han llegado hasta el vigente sistema de autonomía territorial (*Devolution*). A mi juicio, no son ajenas a la crisis del sistema y a las demandas de secesión en Escocia.

Frente a la experiencia irlandesa, tenemos el ejemplo de la forma en que se ha afrontado el reto secesionista de Quebec en el seno del sistema federal canadiense, que atribuye a los territorios (provincias) un amplio poder autó-

nomo (*self-rule*). Es conocido que la crisis constitucional con Quebec estalló en el proceso de *Patriation* de la Constitución canadiense, que culminó en 1982. Si la batalla constitucional sobre la *Patriation* llevó al referéndum de 1980, el fracaso los dos intentos de lograr un *acomodo* constitucional de Quebec (*Meech Lake Accord*, 1987 y *Charlottetown Accord*, 1992) condujo al referéndum de 1995, en el que los partidarios de la soberanía quedaron a las puertas de la victoria. Pero el sistema federal canadiense se ha mostrado capaz de adaptarse, de evolucionar mediante la puesta en práctica de algunos de los elementos más importantes contenidos en aquellos acuerdos formalmente rechazados. Como ha señalado Hébert (2011*b*) oportunamente, se da la paradoja de que quienes hicieron fracasar el Acuerdo del Lago Meech —es decir, el Partido Liberal— fueron quienes dirigieron la evolución del sistema federal por el camino que aquel pacto señalaba. Una vía por la que ha seguido avanzándose, a pesar de algunos episodios significativos, incluso durante el decenio en el poder del Partido Conservador de Stephen Harper (Cameron, 2008; Caron, 2013)[9]. Comoquiera que sea, y sin despreciar la concurrencia de otros elementos que hayan podido impulsar a la sociedad quebequesa en esa dirección, hay que constatar que, aunque el *Parti Québecois* —y el *Bloc Québecois*, la marca soberanista en las elecciones federales— sigue siendo un actor ineludible en el panorama político de Quebec, desde el referéndum de 1995 el apoyo a la secesión ha descendido de forma imparable, hasta quedar casi marginada políticamente. El contexto en el que los resultados con los que los soberanistas se las prometían muy felices porque consideraban que la mayoría a favor de la secesión esperaba a la vuelta de la esquina y requería solamente de un pequeño impulso añadido ha sido el último momento álgido del respaldo popular a la opción soberanista (Hébert, c2011)[10]. Desde entonces, han estado casi ininterrumpidamente fuera del poder en la provincia —salvo entre 2012 y 2014, periodo en el que estuvieron dieciocho meses al frente de un Gobierno minoritario—, y han obtenido unos resultados desastrosos en la elecciones provinciales de 2014 —que se han repetido en las recientes elecciones federales, en 2015—., Durante este tiempo han tendido a evitar la propuesta de un hipotético nuevo referéndum; de hecho, esta fue la cuestión que, cuando se planteó en la campaña de 2014, les llevó a obtener sus peores resultados, dado que la contienda electoral se convirtió en un plebiscito sobre la posible convocatoria de una nueva consulta (López Basaguren, 2014*c*).

El sistema federal no satisface a quienes persiguen la independencia de su territorio. Tampoco lo hace en Quebec. Los independentistas siguen aspirando a la independencia, pero la mayoría de la población, incluidos muchos de los que idealmente la desearían, consideran que se ha revelado una tarea titánica dentro de la sociedad quebequesa y frente al exterior, un objetivo que, cuando lo creyeron factible, terminó en un callejón sin salida y con un gran coste para la sociedad quebequesa, que quedó profundamente fracturada. Frente a ese panorama, Quebec encuentra reconocimiento y acomodo suficientemente satisfactorio en el sistema federal canadiense, a pesar de que su autogobierno no responde plenamente a lo que muchos desearían. Eso es lo que permite entender el desarrollo de los acontecimientos en los dos decenios posteriores al referéndum de 1995, etapa en la que la hipótesis de un nuevo referéndum se ha convertido casi en un tabú que arruina las opciones políticas de quien lo propugne, que ha sumido a las opciones partidarias de la independencia de Quebec en una profunda crisis y que ha escorado el voto de un porcentaje muy importante del electorado de sentimiento soberanista hacia opciones federalistas que tratan de influir en la política federal canadiense.

Algo similar ha ocurrido en Escocia cuando se ha planteado la cuestión —incluso por autores proclives a la independencia— de qué sería necesario para salvar la unión: reformar la Constitución para adecuar la autonomía a las necesidades reales de autogobierno sentidas por la mayoría de la población del territorio en

el que la crisis política ha llevado a plantearse la opción de la secesión (McHarg, 2014). Pero una reforma de ese tipo exige, para ser suficientemente satisfactoria, no solamente un reforzamiento del autogobierno, sino también una coherencia de base que únicamente parece posible en el seno de un sistema federal, y el Reino Unido sigue —en mucha mayor medida que España— condicionado por el rechazo a tal modelo.

Esta hipótesis parece confirmarse también en Cataluña. De acuerdo con los sondeos de opinión, todavía semeja que hay un porcentaje suficientemente significativo de personas que mantiene su apoyo a la opción independentista pero que considerarían aceptable una reforma federal. Algún destacado defensor de la independencia considera que, ciertamente, esa «tercera vía» podría debilitar de forma decisiva la opción independentista, pero cree que es imposible fraguarla debido a su convicción de que reformar España es tarea imposible.

4. ¿QUÉ SISTEMA FEDERAL PARA ESPAÑA?

El problema en España no es solo, como se ha dicho más arriba, si es viable la opción federal, sino qué tipo de estructura federal es necesaria. Se ha dicho hasta la saciedad que hay tantos sistemas federales como Estados federales existen. El reto, por tanto, es articular un sistema que responda a las particulares circunstancias que España debe afrontar en orden a lograr una integración política suficientemente satisfactoria de las comunidades que la integran. Superar la *singularidad* del sistema español respecto a los sistemas federales no significa olvidar que cada país debe afrontar sus particulares problemas. Ahora bien, para configurar su propio modelo con posibilidades de éxito, España deberá ser capaz de extraer las lecciones necesarias de la práctica de los sistemas federales más solventes de nuestro entorno, especialmente de los que responden a unas condiciones más próximas a las de nuestro país. Frente a lo que parece deducirse de algunas posiciones, no hay que idealizar la forma federal. La adopción de un sistema federal no es, en sí misma, una garantía de acierto. Hay sistemas federales que no son, precisamente, un ejemplo a imitar y que más bien parecen una estación de tránsito en el camino a la desintegración.

A efectos de desarrollar un sistema federal adecuado para la situación española, el punto de partida debe ser, necesariamente, el actual sistema autonómico, que ha permitido recorrer una parte muy importante en ese camino de construcción de un sistema federal solvente e idóneo para nuestro país. Por fortuna, hemos llegado muy lejos en ese recorrido. Sin embargo, la crisis del sistema autonómico ha puesto de relieve de forma incontestable que el actual modelo no es suficiente y que no podemos conformarnos con el *statu quo* sin correr un alto riesgo de fracaso.

El sistema federal que debemos lograr articular tiene dos tipos de exigencias. Unas, generales, deducibles de las características sustanciales de los sistemas federales más solventes; otras, particulares, asociadas a la singularidad de nuestro país. Las exigencias generales reenvían, fundamentalmente, a las deficiencias puestas de relieve en los diagnósticos que se vienen realizando desde hace más de un decenio en sede académica. Debe clarificarse el ámbito propio de los poderes de los territorios autónomos, sin que quede a merced de las intervenciones del Estado, en unos términos que dependen de la voluntad de este último y sin garantía de que se establezcan los límites dentro de los que ha de desplegarse. En nuestro sistema autonómico, como consecuencia del efecto cruzado de las leyes orgánicas y de las leyes de bases, casi no hay ámbito de competencia de las comunidades autónomas que no quede a merced de la intervención del Estado. Habría que preguntarse si en los sistemas federales alemán, suizo, norteamericano o canadiense ocurre algo similar. Y si no ocurre así, como creo, hay que afrontar una profunda re-

forma del modelo de distribución de poderes entre el Estado y los territorios que lo componen. Los sistemas federales que he mencionado han puesto de relieve que una reforma de este tenor no menoscabará la integración; las reformas constitucionales que han tenido lugar en algunos de ellos muestran que el desarrollo del sistema no debe suponer, necesariamente y en todos los casos, la simple ampliación de los poderes de los territorios, pero sí exige una creciente claridad en la delimitación de los respectivos ámbitos de poder.

En segundo lugar, un sistema federal solvente requiere un modelo de financiación que combine adecuadamente el trato equitativo a todos los territorios con la solidaridad interterritorial, sin que esta última (o lo que se presenta como tal) ponga el sistema patas arriba y el resultado sea una organización carente de coherencia. La experiencia de los sistemas federales —y nuestra propia experiencia— pone de relieve que este es uno de los elementos más determinantes en la crisis del sistema. La insatisfacción se ha manifestado principalmente en las crisis escocesa y catalana; en uno y en otro caso, aunque con distintos fundamentos, la incapacidad del sistema de resolver de forma idónea la cuestión de la financiación (o de la autonomía fiscal) ha sido uno de los elementos determinantes del aumento del apoyo a la opción secesionista.

En tercer lugar, cabe destacar la cuestión institucional. Uno de los déficits más importantes en el sistema autonómico español frente a la forma federal es la débil materialización de la reproducción permanente del pacto entre las partes que está en la base de aquella, una reproducción que tradicionalmente se ha articulado a través de la participación de los territorios en el ejercicio del poder político en las instituciones del Estado —especialmente en el poder legislativo y, más recientemente, mediante el desarrollo de las relaciones intergubernamentales—. A mi juicio, la experiencia de los sistemas federales muestra que es menos importante el modelo concreto de participación que se adopte que la exigencia de distintos consensos, entre ellos el relativo a la cuestión territorial.

Para ello, España tiene que saber encarrilar el problema político más importante que está en la base de la *singularidad* del sistema autonómico y que no ha sido capaz de encauzar hasta ahora: la existencia de diferentes demandas de nivel de autogobierno entre unos territorios y otros o, si se prefiere, la ineludible asimetría en la distribución de poderes. Es la vieja cuestión expresada por Jiménez de Asúa (1946): hay que reconocer la autonomía a quienes la reclaman, pero no imponerla a los que no la desean.

Hay que constatar, en cualquier caso, que la situación actual no es la de 1931. La consolidación de la estructura territorial autonómica y su respaldo social es muy fuerte prácticamente en todos los territorios. Hoy la autonomía no es una cuestión que afecte solo a Cataluña y al País Vasco. Es cierto que en algunas comunidades autónomas se ha planteado (especialmente cuando ha gobernado en ellas el Partido Popular) la necesidad de reducir algunas competencias para devolverlas al Estado. Y también lo es que algunos tienen la sensación de que la capacidad de los representantes públicos en algunas comunidades autónomas es insuficiente para gestionar correctamente las competencias que tienen atribuidas. Esas desigualdades en las demandas del autogobierno, e incluso en la capacidad de gestionar adecuadamente su poder, no parecen ser ajenas a la mayoría de los sistemas federales, en los que, en mayor o menor medida, también existen esas diferencias. En algunos casos significativos (educación, sanidad, justicia), los amagos de renunciar a competencias han sido motivados, sobre todo, por problemas de financiación, no por incapacidad de gestión o por falta de interés. No hay que olvidar, sin embargo, que hay una corriente política (ciertos sectores del Partido Popular y, de forma muy sobresaliente, Unión, Progreso y Democracia) que parece abogar por un proceso de recentralización.

Como sea, España tiene que enfrentarse a un dilema con diferentes alternativas. El dilema es el siguiente: ¿una base general de poderes homogéneos para todos los territorios o desigualdad en los niveles de autogobierno entre unos y otros? La limitada voluntad de autogobierno de determinados territorios (si existe) no puede suponer un límite para los territorios que desean un autogobierno más amplio. Esto es lo que ha conducido a la crisis del sistema autonómico; por esta vía, la crisis es insuperable. A pesar de que la igualdad entre los territorios es la base de la estructura federal, algunas experiencias federales muestran que el sistema puede asumir sin problemas ciertas asimetrías. No obstante, hay un amplio consenso entre los especialistas sobre la difícil viabilidad de un sistema federal profundamente asimétrico. A la luz de la experiencia española, no parece que sean muchas ni muy importantes las asimetrías —de entre las que puede permitirse[11]— que requiere el sistema, además de las ya existentes. En cualquier caso, la estabilidad hace más conveniente reforzar la capacidad de las comunidades autónomas y mantener el proceso seguido hasta ahora en lugar de tratar de debilitarlas impulsando la devolución de competencias. Solo por esa vía podremos dar una solución suficientemente satisfactoria a un problema que, en principio, parece exigir el logro de la cuadratura del círculo.

NOTAS

1. La cuestión presenta en el País Vasco unas características singulares, que han llevado a una vía significativamente diferenciada de la catalana; un intento de explicación del proceso político en el País Vasco respecto a esta cuestión puede verse en López Basaguren (2016).

2. Precisamente, el carácter crucial del sistema de financiación en la descalificación del sistema autonómico es uno de los elementos que permite explicar la atemperación de la «crisis vasca», en la medida en que, cuando menos el PNV, parece tener plena conciencia de la importancia determinante del Concierto económico.

3. Hay que tener en cuenta que en los referéndums de Quebec y de Escocia la participación del electorado fue inusitadamente alta: el 93,52% en Quebec, en 1995 y el 84,59% en Escocia en 2014. Por el contrario, al analizar la participación en Cataluña hay que tener en cuenta que la cuestión sobre la independencia solo se ha planteado sin respaldo legal (la consulta transformada en *proceso participativo* del 9N —2014—, en la que participó el 37,02%) o de forma indirecta (las elecciones del 27S planteadas como *plebiscitarias* por las fuerzas independentistas, en las que participó el 74,95%). En cualquier caso, la participación en estas últimas elecciones fue diez puntos superior a la siguiente participación más elevada.

4. Ciertamente, se trata de una cuestión controvertida académicamente, pero me parece que si hay algún caso que encaje en los presupuestos de la *remedial secession* incorporada en la *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations* [UN GA, *Resolution* 2615 (XXV), de 24/10/1970] es el caso de Kosovo. Ver la reconstrucción de los antecedentes en la *Advisory Opinion on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, del Tribunal Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, fuertemente criticada en el ámbito académico.

5. Es el caso de Escocia. El resultado del referéndum de 2014, con la promesa del SNP (*Scottish National Party*, en el Gobierno del territorio) de que era un referéndum para una generación, hace difícilmente imaginable un segundo referéndum a corto plazo… salvo que el Reino Unido decidiese abandonar la UE como consecuencia del referéndum anunciado.

6. El proceso político catalán, tras las elecciones del 27S, parece ir en la misma dirección, con la insuficiente fuerza del apoyo a la independencia en unos resultados electorales que, por otra parte, solo indirectamente se pueden interpretar en ese sentido. Sobre esa debilidad es significativo el análisis de Keating (2015).

7. Como afirma Gaziel (2013), el drama es que «el separatismo […] no hizo más que deshacer lo hecho, acarreando la anulación o destrucción de lo conseguido, y dejando a Cataluña desolada e inerme, sin la más vaga, sin la más remota,

sin la más quimérica compensación». En relación con estas reflexiones sobre los hechos de octubre de 1934, es muy ilustrativa la lectura de Hurtado (2008), observador no menos privilegiado del proceso.

8. Aunque, en puridad, el *Irish Free State* no era un Estado independiente, sino un *Dominion* integrado en la *British Commonwealth of Nations*, regido por el *Anglo-Irish Treaty* (1922), en la práctica funcionó como tal, muy especialmente a partir de 1937. En cualquier caso, Irlanda se convirtió en Estado independiente con la proclamación de la República de Irlanda, en 1942; sobre el *Irish Free State, vid.* Corcoran (2013).

9. Una visión más crítica puede verse en Laforest (2010).

10. Esta autora considera que «was the last referendum [1995] that was the hiccup. Without the passions unleashed by the Meech Lake crisis, it would not even have been held».

11. La experiencia del Concierto económico —del cálculo del cupo, más precisamente— pone de relieve que las asimetrías son difícilmente asumibles en el ámbito de la financiación y que se convierten en una fuente de desestabilización.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, Eliseo y Carles VIVER, C. (2003): «Valoración de 25 años de autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 69, 69-113.

ARROYO GIL, Antonio (2009): *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudios crítico de la 52ª, Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006,* Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics.

AUER, Andreas, Giorgio MALINVERNI y Michel HOTTELIER (³2013): *Droit constitutionnel suisse*, Bern: Stämpfli Verlag.

BOGDANOR, Vernon (2012): «Evidence (7.3.2012)», *House of Commons. Scottish Affairs Committee. The Referendum on Separation for Scotland. Session 2010-12. Oral and written evidence. HC 1608*, 54.

CAMERON, Barbara (2008): «Harper, Quebec and Canadian federalism», en T. Healy (ed.), *The harper record*, Ottawa: Canadian Centre for Policy Alternatives, 419-433.

CARON, Jean-François (2013): «The evolution of Canadian Federalism and its possible impact on Quebec secessionist discourse», *Federal News* (*The Federal Idea*), IV, 4.

CORCORAN, Donald P. (2013): *Freedom to achieve freedom. The Irish free State, 1922-1932,* Dublín: Gill & Macmillan.

ELAZAR, Daniel J. (1987): *Exploring federalism,* Tuscaloosa: The University of Alabama Press.

GAZIEL (seudónimo de Agustí CALVET) (2013): *Tot s'ha perdut. El catalanisme politic entre 1922 i 1934*, Barcelona: RBA.

HÉBERT, Chantal (2011*a*): «In Quebec, sovereignty going way of the church», *Toronto Star*, 25/06/2011.

— (2011*b*): «Meech Lake foes won the battle, lost the war», *Toronto Star*, 29/06/2011.

HÉBERT, C y Jean LAPIERRE (2014): *The morning after. The 1995 Quebec referendum and the day that almost was*, Canadá: Alfred A. Knopf.

HURTADO, Amadéu (2008): *Abans del sis d'octubre (un dietari)*, Barcelona: Quaderns Crema.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1946), *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires: Losada.

KEATING, Michael (2015): «What next for Catalonia», *Centre on Constitutional Change. Blog* [en línea], <http://www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/blog/what-next-catalonia>.

KENDLE, John (1989): *Ireland and the federal solution: The debate over the United Kingdom Constitution, 1870-1921,* Montreal-Kingston: McGill-Queen's University Press.

LAFOREST, Guy (2010): «The meaning of Canadian federalism in Quebec: critical reflexions», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals,* 11, 10-55.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2008): «Trasformazioni dello Stato autonomico e riforma dello Statuto del Paese Basco: tra rottura e "accomodamento a volontà"», en S. Gambino (ed.), *Regionalismo e Statuti. Le riforme in Spagna e in Italia,* Milán: Giuffrè, 171-217.

— (2013*a*): «Current issues around territorial autonomy in Spain», en A. López Basaguren y L. Escajedo San Epifanio (eds.), *The ways of federalism in Western countries and the horizons of territorial autonomy in Spain*, Heidelberg: Springer, 395-419. [hay edición española: A. López Basaguren y L. Escajedo San Epifanio (eds.), *Los caminos del federalismo y los horizontes del Estado autonómico*, Oñati: IVAP.]

— (2013*b*): «Los referendos de secesión de Quebec y la doctrina del Tribunal Supremo de Canadá», en E. Sáenz Royo y M. Contreras Casado (eds.), *La participación política directa. Referéndum y consultas populares*, Zaragoza: Comuniter, 53-91.
— (2014*a*): «*Devolution.* Desarrollo y perspectivas de la autonomía territorial en el Reino Unido», en J. J. Solozabal Echavarría (ed.), *La Reforma Federal. España y sus siete espejos*, Madrid: Biblioteca Nueva, 123-157.
— (2014*b*): «La independencia de Escocia en la Unión Europea. Los efectos de la secesión de territorios en la UE entre política y Derecho», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 33, 69-97.
— (2014*c*): «Parti québécois: ¿reflexión post-mortem?», en *Agenda Pública*, revista digital, 12 de abril [en línea], <http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/Parti-quebecois-reflexion-post-mortem_0_248475339.html>.
— (2015): «Escocia: referéndum sobre la independencia y propuesta de reforma de la *Devolution*», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 104, 135-167.
— (2016): «The Parliament of the Basque Country and the national issue: The weaknesses of a strong identity», en G. Laforest y A. Lecours (eds.), *The parliaments of autonomous nations*, Montreal-Kingston, McGill-Queen's University Press.

MCHARG, Aileen (2014): «What does the Union need to do to survive?», *UK Constitutional Law Association Blog*, posted on 25/09 [en línea], <http://www.scottishconstitutionalfutures.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/articleId/4325/Aileen-McHarg-What-Does-the-Union-Need-to-Do-to-Survive.aspx>.

MONPETIT, Éric (2008): «Easing dissatisfaction with Canadian federalism? The promise of disjointed incremenatlism», *Canadian Political Science Review*, 2 (3), 12-28.

TIERNEY, Stephen (2014): «Why is Scottish independence unclear?», *UK Constitutional Law Association Blog*, publicado el 25/02 [en línea], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/02/25/stephen-tierney-why-is-scottish-independence-unclear/>.

TOMKINS, Adam (2014): «Reflexions on 2014», *Notes from North Britain. On law, politics and the British Constitution* (Blog), publicado el 26/12 [en línea], <https://notesfromnorthbritain.wordpress.com/2014/12/26/reflections-on-2014/>.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín (2013): «Del fracaso de la I República a la liquidación del Estado integral (1873-1936)», en J. Varela Suanzes-Carpegna y S. Muñoz Machado, Santiago (eds.), *La organización territorial del Estado en España. Del fracaso de la I República a la crisis del Estado autonómico,* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Fecha recepción: 16 de febrero de 2016
Fecha aceptación: 16 de febrero de 2016

¿DEL ESTADO AUTONÓMICO AL ESTADO FEDERAL?
LA ILUSIÓN DE VOLAR CON LAS ALAS CORTADAS

FROM AUTONOMUS STATE TO THE FEDERAL STATE?
THE ILLUSION TO FLY WITH CLIPPED WINGS

Francisco Caamaño

Catedrático de Derecho constitucional
Universidad de Valencia

RESUMEN

El autor considera que las constituciones democráticas de España (1931, 1978) no han tratado con acierto el asunto de la distribución territorial del poder porque han negado la realidad de un Estado en el que conviven distintos sentimientos nacionales. Solo un federalismo «emotivo», es decir, que trabaje por la unidad a partir de la idea de lealtad federal, puede establecer otro vínculo alternativo de pertenencia. Para lograrlo, más importante que incorporar instituciones típicas de un Estado federal es reconocer la diversidad y generar una verdadera cultura federal en la que la igualdad sea el resultado de una buena gestión de la diferencia.

PALABRAS CLAVE

Estado autonómico, Federalismo, Sentimientos nacionales, Distribución territorial

ABSTRACT

The author considers that the democratic constitutions of Spain (1931, 1978) have not successful in the matter of territorial distribution of power, because have denied the reality of a state in which there are different national feelings. Only an emotional federalism, that is, to work for unity on the idea of federal loyalty can set an alternative link. To achieve this, more important than introducing typical institutions of a federa state it is recognize diversity and generate a true federal culture in which equality is the result of good management of the difference.)

KEYWORDS

Autonomous state, Federalism, National feelings, Territorial distribution

¿DEL ESTADO AUTONÓMICO AL ESTADO FEDERAL?
LA ILUSIÓN DE VOLAR CON LAS ALAS CORTADAS

Francisco Caamaño
Catedrático de Derecho constitucional
Universidad de Valencia

1. CONVICCIONES APARENTES

Hace algunos años publiqué un breve artículo de opinión (*El País*, 05/12/2008) en el que sostenía lo siguiente: «El constitucionalismo democrático en España —como en otros muchos países— es fruto de una íntima relación entre lo que podemos denominar la variable liberal, es decir, el establecimiento de un sistema de derechos individuales y libertades públicas, y la variable federal, esto es, el reconocimiento y la integración en el seno de un proyecto común de espacios políticos —y no meramente administrativos— de autogobierno». A partir de esa premisa, examinaba algunas deficiencias de nuestro modelo de organización territorial, especialmente en relación con el Senado, y concluía afirmando que el principal problema del llamado Estado autonómico radicaba en el hecho de que los españoles negaban políticamente el Estado federal que, sin embargo, habitaban: «Los españoles vivimos en un Estado de tipo federal sin cultura federal». Padecemos de «federalismo inconsciente».

Como otros muchos, creía que la estructura territorial abierta de la Constitución de 1978 había evolucionado hacia la que es propia de un Estado federal. Puesto que hay tantas modalidades de federalismo como estados federales, España tenía, de manera imperfecta, la suya. La Constitución no lo decía, pero institucionalmente lo era. Las insatisfacciones con el modelo de articulación territorial del poder no radicaban tanto en el diseño jurídico-constitucional finalmente alcanzado cuanto en la mentalidad y actitud de los actores políticos, movidos mayoritariamente por un eje de confrontación (nacionalismos de Estado y contra el Estado) que se había mostrado determinante en términos electorales.

Era indiscutible que, tras la promulgación de la Constitución de 1978, se había producido un reparto horizontal del poder con fundamento democrático. La España que abandonaba el siglo XX contaba con un Gobierno del Estado que compartía su poder de regulación y ejecución con diecisiete Gobiernos autonómicos. Todos ellos eran gobiernos parlamentarios, aprobaban normas de igual valor en el marco de sus competencias y, además, eran titulares de potestades públicas relevantes y numerosas. Al igual que en los Estados federales, los conflictos entre la federación (Estado) y los esta-

dos (CCAA) se resolvían por un tribunal de justicia (Tribunal Constitucional) y también existía —con las excepciones del País Vasco y Navarra— un sistema común de financiación, negociable cada cinco años, que ordenaba las reglas de distribución y asignación de los ingresos públicos.

Blanco y en botella. Un Estado en el que conviven un Gobierno común y diecisiete autogobiernos con importantes poderes de decisión solo encaja en la amplia tipología de los Estados federales. Habíamos pasado, en menos de veinte años, del férreo centralismo impuesto por la dictadura franquista a un modelo generalizado de descentralización política. En una primera fase (1978-1984) se gestionó el proceso de creación/consolidación de las comunidades autónomas y, en una segunda (1984-1993), se procedió a una supresión de asimetrías —salvo las económicas— (la diferencia constitucional entre nacionalidades y regiones se diluyó por completo) y a un reforzamiento (sobre todo, a golpe de sentencia constitucional) de los limitados títulos de intervención que, en algunas materias, la Constitución atribuía al Gobierno del Estado (ampliación material de la reserva de ley orgánica, densificación de la legislación básica: se articuló una pretendida potenciación de la igualdad territorial mediante su confusión con la homogeneidad…). Incluso, algunas de las técnicas recentralizadoras de la década de los noventa recordaban a las utilizadas por los Estados federales en ciertos momentos de su historia.

Todo apuntaba, pues, a que en el siglo XXI, con algunos ajustes constitucionales, España podría convertirse en un Estado federal, no solo *de facto* sino también *de iure*. El Estado autonómico sería un remedio transitorio, una forma de hacer camino hacia el natural reconocimiento del carácter federal de la democracia española. Las piezas institucionales básicas ya se habrían forjado durante 30 años de estado autonómico. En ese tiempo, el legislador y el Tribunal Constitucional habrían ido cubriendo con notorio éxito los vacíos (para algunos, las aperturas) que caracterizan y dotan de singularidad al modelo de distribución territorial del poder establecido por la Constitución de 1978. Podría decirse que, en este asunto, el constituyente de 1978 solo tenía claras dos cosas: que no quería un estado fuertemente centralizado y que deseaba hacerles un «hueco» y concederles un espacio propio de decisión política, cuando menos a los «territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía» (Disposición Transitoria Segunda, CE). Todo lo demás quedaba, en cierto modo, abierto a los intérpretes constitucionales. Se aplazaba y dejaba en manos de los poderes constituidos la tarea de ir haciendo lo que el constituyente no pudo o no quiso constituir. Esta, en las exitosas palabras de Pedro Cruz Villalón, «desconstitucionalización de la forma de Estado» supondría que el constituyente de 1978 rompía con el centralismo político y, al tiempo, disponía unas bases mínimas y unos procedimientos para guiar a los poderes constituidos hacia el cierre final de una nueva forma de Estado que, más allá de la nomenclatura, podría potencialmente encajar en la que es propia de un Estado federal. De la forma de Estado unitario se podría llegar a la forma de Estado federal pasando, para ello, por esa especie de Estado unitario no centralizado al que llamamos Estado autonómico que, como se sabe, no es por sí mismo una forma Estado. Los silencios, los vacíos y las indefiniciones (*abeyances*) de la Constitución (Foley, 1989) en este asunto permitirían esa «sucesión natural de las cosas» sin necesidad de acometer un proceso profundo de revisión constitucional. Expresado de otro modo: la desconstitucionalización de la forma de Estado haría posible que España pudiese ser, finalmente, un Estado con forma federal sin necesidad de una previa federación. La vía para lograr esa prodigiosa mutación sin sobresaltos se llamaría Estado autonómico.

Confieso que participé de esa creencia. Hoy la considero ingenua y profundamente equivocada. No discuto que el parecido del Estado autonómico con el Estado federal es,

en muchos aspectos, amplio. Pero, a veces, las apariencias engañan. En lo que sigue intentaré argumentar por qué la desconstitucionalización de la forma de Estado llevada a cabo por el constituyente de 1978 no fue tan «intensa», «amplia» o «abierta» como mayoritariamente acostumbramos a creer y sostendré que la Constitución de 1978 es tan anticentralista como antifedaral. El constituyente de 1978, como en su tiempo el de 1931, no quería una España federal. Ese era el límite, política y jurídicamente impuesto al principio descentralizador que ambas constituciones acogieron. La STC 31/2010 (Estatuto de Cataluña) sopló sobre un estanque de aguas contenidas y pronto pudimos comprobar que aquella imagen de una España caminando hacia una forma federal sin estados federados solo era el reflejo de una nube pasajera.

2. TROPEZAR EN LA MISMA PIEDRA

La principal dificultad a la que se enfrenta España cuando consigue constituirse en una comunidad políticamente libre consiste en que entre el sujeto político «pueblo» y la democracia liberal se interpone Cataluña. La expresión política de la identidad catalana es demasiado persistente e intensa como para desvanecerse anónima en un única *polis* y, en democracia, rotas las ataduras del miedo, el proyecto unitario de España presenta otras debilidades añadidas que cumple no agitar (País Vasco, Galicia, Navarra, Canarias…). Descartada la dominación por la fuerza, tan delicado y singular asunto ofrece dos únicas alternativas: bien un arreglo con Cataluña para reconocerle un espacio de autogobierno singular, lo que conlleva aceptar un escenario de inevitable tensión bilateral (reinterpretación sucesiva del pacto), bien repensar España, abandonando su apriorística concepción como *polis* para configurar una *politeia.* Dicho con otras palabras: o se opta por un proyecto dual de convivencia compartida o por otro en el que la base de legitimación la constituya una pluralidad de pueblos, entre ellos, como uno más, el de Cataluña. Lo que no parece muy inteligente para resolver esa tensión consustancial a una España en libertad es acuñar una fórmula que disimule la negación estructural de ambas posibilidades.

Por paradójico que resulte, esto último ha sido, precisamente, lo que hasta hora hemos hecho. El autonomismo, nacido como concepto político en la primera República (Caamaño, 2014: 29 ss.) y ensayado constitucionalmente en los textos de 1931 y 1978 es el modo español de encubrir la impotencia política ante aquella realidad, circunstancia que a la postre explicará también su incapacidad para generar aceptación y confianza en la ciudadanía. El autonomismo no convence: ni contenta a quienes consideran que España es un solo pueblo y que Cataluña debe integrarse mediante el recurso a la autoridad de la mayoría y una resignada asimilación ni persuade a aquellos otros que, asumiendo la diferencia, admitirían un estatus diferenciado de Cataluña dentro de España, pues, abierto el camino de la generalización, saben de la fuerza igualadora que, en política, tiene el recurso al agravio comparativo. Por último, tampoco satisface a quienes prefieren reconocer la amplia diversidad de los españoles y, a partir de un suelo común de autogobierno y Gobierno compartidos, permitir que cada pueblo de España —el catalán como uno más entre todos ellos— vaya construyendo el armazón jurídico que estime conveniente para acomodar su distinta identidad, participando, al tiempo, del proyecto común de España. Demasiados descontentos para considerar que el autonomismo pueda ser un remedio constitucional con futuro.

2.1. FEDERAL, PERO SOLO UN INSTANTE

Solo fueron dos. Pero cada vez que abrazamos la democracia los españoles nos comportamos de forma muy parecida ante la espinosa cuestión de definir territorialmente nuestro

Estado. Pasamos del coqueteo federal a su negación. Incluso, conseguimos ser federales por momentos.

Se discutía el título preliminar del proyecto de Constitución de 1931. El socialista Araquistán presentó una enmienda sorpresa al artículo primero. Además de «República democrática» España sería también una república «de trabajadores». El Partido Radical se sintió molesto y engañado. El galleguista Otero Pedrayo, viendo las aguas revueltas, no perdió la oportunidad para defender su enmienda, que, de forma inesperada, contó con el respaldo de la mayoría. Gracias al apoyo de los radicales nos convertimos en una «República democrática y federal». ¿Y ahora qué? El lío estaba montado y no tenía fácil arreglo. García Valdecasas, acostumbrado a las estratagemas del foro, tiró de reflejos y le dijo al presidente de la Cámara que la enmienda, aunque aprobada, debía declararse pendiente de ulterior confirmación, pues todavía quedaban por debatir y, en su caso, aprobar los arts. 8 y siguientes del Título I del proyecto, en los que también se hacía referencia a la forma de Estado. Besteiro así lo acordó y la enmienda quedó temporalmente aparcada en espera de ser incorporada al texto al final del debate. Por supuesto, esto último nunca se llegó a producir. Se diluyó en un deliberado olvido. El sueño federal de Pedrayo no interesaba a nadie. Solo preocupaba cumplir el Pacto de San Sebastián (agosto de 1930) celebrado entre partidos republicanos y catalanes: un único proceso constituyente a cambio de reconocer el autogobierno para Cataluña. Aunque se habían presentado en el registro del Congreso por orden inverso; primero sería el proyecto de Constitución y después el Estatuto de Núria. Los estatutos nunca podrían concebirse como la constitución de un territorio que, ejerciendo su soberanía, decidiera federase y formar parte de España.

Había que acomodar a Cataluña sin levantar agravios, permitir una descentralización potencialmente generalizable a otros pueblos de España y, al tiempo, como compensación necesaria al nacionalismo español, reafirmar la unidad del Estado negando con insistencia cualquier atisbo federal. Territorialmente, el Estado que nacía de la Constitución de 1931 no era una derivada del Estado federal, sino, matemáticamente hablando, una antiderivada o «integral»; así, precisamente, se denominaría a aquel Estado.

En la década de los setenta del pasado siglo, las cosas no fueron muy distintas. Ante la llegada de un nuevo escenario de libertad, dos sujetos políticos —Cataluña y España— volvían a reconocerse mutuamente como actores imprescindibles. El «*ja sóc aquí*!» de Tarradellas era la nueva versión del Pacto de San Sebastián. El acuerdo entre Suárez y Tarradellas marcaba una única senda, la de la transición, que debían caminar juntos Cataluña y el resto de España. A cambio, ante la singularidad de un proceso constituyente sin ruptura formal con el pasado, primero serían las preautonomías y después la Constitución. Primero la *devolution* a Cataluña (también al País Vasco y, ya se vería en qué medida, a Galicia) y después, para evitar la existencia de territorios de segunda, a todas aquellas provincias limítrofes que sintiesen la necesidad de contar con una institución preautonómica. El mismo esquema funcional de 1931, agravio comparativo incluido, solo que con la incorporación del concepto de «nacionalidades» como entidades políticas distintas de las «regiones»[1].

El Gobierno de Suárez (5 de julio de 1977) era plenamente consciente de que, para lograr una constitución democrática para España, era necesario desbloquear políticamente la cuestión catalana. Restablecer la Generalitat significaba recuperar Cataluña y avanzar unidos hacia la democracia. Evidentemente, se barajó la posibilidad de aprobar primero la Constitución y después acometer la descentralización política de España. Pero ni el orden lógico ni la racionalidad del Derecho ofrecen siempre la mejor de las soluciones posibles. Un ente preautonómico no puede existir jurídicamente antes de la norma que reconoce el derecho a la autonomía[2]. Cierto. Pero no lo es menos que, en momentos de profunda transformación

y cambio, la visión de gobierno, el liderazgo político y la articulación acompasada de los tiempos y los procedimientos puede aportar más beneficios que una aplicación canónica de la lógica jurídica. De hecho, la proclamación anticipada de la Generalitat de Cataluña (abril de 1931) había puesto en serias dificultades a la primera República y mejor era no tentar de nuevo a la suerte. Además, adelantar el debate parlamentario sobre el título relativo a la constitución territorial del Estado no parecía un remedio muy alentador, pues había plena conciencia de que su discusión *ab initio* podía poner en peligro el consenso sobre la viabilidad de la constitución en su conjunto. Mejor, por tanto, dejarlo para el final.

Se articuló, así, una insólita vía de base parlamentaria y consensual (negociación del Gobierno con los parlamentarios procedentes de una misma región que aspiraba a la autonomía) que se formalizaba mediante real decreto ley y facilitaba la generalización voluntaria del modelo (el retorno al principio dispositivo ideado en la primera República). Sobre este asunto escribía prácticamente en caliente uno de los responsables de conducir el proceso:

«Otro rasgo de las preautonomías ha sido el de su generalización. Institucionalizada primero la de Cataluña por Real Decreto-ley de 29 de septiembre de 1977 y el Consejo General del País Vasco por Real Decreto-ley de 30 de diciembre del mismo año, hubo una reconsideración general sobre la conveniencia o no de continuar el proceso preautonómico. En la campaña previa a las elecciones del 15 de junio, prácticamente todos los partidos habían incluido en sus programas la defensa de las autonomías para todos.

En regiones subdesarrolladas especialmente se había puesto el énfasis en el riesgo que podría suponer el reconocer tan solo el régimen autonómico a las regiones más desarrolladas de España quedando las demás bajo el centralismo de Madrid. Así como la falta de reconocimiento provisional de instituciones autonómicas a Cataluña y el País Vasco, antes de la Constitución hubiera supuesto un peligro para la consolidación de la democracia, también lo hubiera supuesto el limitar el proceso preautonómico a tales casos, con el riesgo adicional de enfrentamientos entre regiones desarrolladas y subdesarrolladas. Existen en la actualidad importantes, aunque reducidos, fermentos regionalismos en la España del subdesarrollo que tienen poder de convocatoria. Se tiene conciencia de que el centralismo ha aumentado las desigualdades territoriales y se teme que el proceso autonómico limitado a las regiones prosperas en cuanto conlleva también un poder financiero, pueda servir para aumentar tales desequilibrios. La limitación del proceso preautonómico a los dos casos tradicionales hubiera supuesto además todo un símbolo de cara a la Constitución.

Hoy, entre nosotros, por curiosa paradoja, la tendencia centralista acepta, aun a regañadientes, el principio autonómico para Cataluña y el País Vasco y a lo más para Galicia, pero hará todo lo posible para limitarlo a estos supuestos. Evidentemente, la generalización del proceso autonómico resultará más traumática y dificultosa para una Administración centralista como la nuestra, pero dicha generalización implica una concepción más nacional y solidaria […]» (Clavero, 1978).

También en 1978 la idea federal tuvo una breve e incipiente oportunidad. La filtración del contenido del anteproyecto de constitución a la revista *Cuadernos para el Diálogo* fue suficiente para cercenarla. La reacción política de la clase entonces dominante fue lo bastante explícita e intensa como para que, sin solución de continuidad, se procediese a elaborar reservadamente una nueva propuesta territorial en la que se aclarase, sin margen a la ambigüedad, que el proyecto era inequívocamente antifederal. En España solo cabe un pueblo constituyente. La duda ofende.

Ese era el mensaje. Si se quiere una Constitución sin ruptura procedimental y social, las tesis federales —sostenidas, entre otros, por socialistas y comunistas— deben ser olvidadas.

Han de abandonar sus veleidades plurinacionales y adornos identitarios, útiles para alimentar y mantener complicidades políticas con los nacionalismos catalán y vasco en la lucha política común contra la dictadura, pero que constituyen un factor de grave desacuerdo con otros sectores mayoritarios de población que veían en la llegada de la democracia un grave riesgo para la idea tradicional de España como Estado nación. La democracia de la concordia tenía sus peajes y la amnesia federal fue uno de ellos.

La futura constitución únicamente podría admitir un sistema de descentralización política que no pusiese en cuestión la indiscutible unidad nacional. Esa premisa condicionaba cualquier otra negociación ulterior. De ese modo, sin mediar explicación alguna, tras aquella filtración se sustituyó la clásica fórmula («La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce de acuerdo con la Constitución», art. 2 del borrador de anteproyecto) por la defectuosa, en términos jurídicos, de «La soberanía nacional reside en el pueblo español» (art. 1.2 CE). Declaración que se vería reforzada con la introducción «compensatoria» de una alusión al reconocimiento del derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles […]» (art. 2 CE).

A partir de ese momento, la «unidad» se convierte en un imperativo constitucional que desplaza a la «unión», entendida como procedimiento legitimador de un nuevo proyecto en común basado en un pacto entre ciudadanos y territorios. La diversidad de una España indivisible ocupaba el lugar que por poco tiempo había correspondido al reconocimiento constitucional de una España diversa y unida. Mientras que en el federalismo lo primero es la unión y después, como un objetivo cuya conquista ha de ser «políticamente trabajado», la unidad, en la Constitución de 1978 no es necesario trabajar por la unidad porque esta es concebida como un presupuesto jurídico incuestionable. No hacen falta políticas públicas que consoliden áreas de cogobierno y solidaridad interterritorial porque, hagan lo que hagan los nacionalismos periféricos, la unidad de España ya ha sido constitucionalmente impuesta y asegurada. A cambio, se habilita un proceso de apertura que consiente cierto grado de descentralización política para todos aquellos territorios (nacionalidades y regiones) que voluntariamente se acojan a él. En la federación, los ciudadanos y los pueblos son sujetos constituyentes, se unen y se comprometen a defender y trabajar por esa unidad (lealtad federal). Sin embargo, en nuestra Constitución solo hay un único pueblo constituyente que tolera la existencia limitada de otros pueblos constituidos.

Ambos modelos conducen a Estados unitarios descentralizados, pero es evidente que obedecen a legitimaciones políticas muy distintas. La República Federal Alemana incorporó a la Alemania del Este sin prácticamente tocar sus estructuras constitucionales. Ello fue posible porque, durante un tiempo, una sola nación había sido dividida en dos estados. Para que una España unida pudiese tener un régimen democrático, tanto en 1931 como en 1978 fue necesario pactar con las fuerzas políticas representativas de Cataluña y del País Vasco un camino común hacia una constitución para todos y, sin embargo, en el momento de acometer su redacción, se ignoró ese diálogo entre pueblos y se les negó jurídicamente una existencia diferenciada, así como la posibilidad de ser sujetos de un pacto fundacional en el que, como ciudadanos y como pueblos, habían colaborado con el fin de alcanzar una España unida y democrática.

Por mucho que algunos pretendan equiparaciones de superficie, no es lo mismo afirmar: «La Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions» (art. 1 de la Constitución Belga, de 17 febrero de 1994) que lo dispuesto en el art. 2 de nuestra Constitución. Bélgica, con sus peculiaridades, es una federación; la España constituida en 1978, no.

En este sentido, para el federalismo es indiferente —en contra de lo que sostenían Or-

tega y Gasset o Jiménez de Asúa para justificar la naturaleza no federal de la Constitución de 1931— que antes del momento constituyente existan o no entidades política y jurídicamente diferenciadas[3]. Lo verdaderamente importante es que el nuevo Estado se constituya en clave federal, es decir, reconociendo en (y a partir de) su constitución la existencia de entidades territoriales diferenciadas que han participado como tales en el proceso de elaboración y aprobación de la misma y que, desde esa condición, también son consideradas como sujetos constituyentes. No hay Estado federal sin entidades territoriales federadas, pero sí pueden existir federaciones a partir de la unión de comunidades que antes de la constitución federal no eran Estados. En suma, se equivoca quien pretenda una constitución federal sin pacto federal, sin *foedus* o, si se prefiere, sin acuerdo de lealtad entre pueblos. El federalismo transita siempre de la pluralidad a la unidad. La dirección inversa es la insólita vía que, para evitar el federalismo, se ha impuesto en España. El Estado autonómico discurre de la unidad a la diversidad, y eso, lejos de apaciguar, excita a los nacionalismos y enciende los temores de quienes, por imponer la unidad, todo lo han confiado a la fuerza jurídica de la Constitución, como si detrás de ella no hubiese personas y pueblos que, en democracia, hablan, se organizan políticamente y votan. En el federalismo, la unión es un punto de partida y la unidad un punto de llegada que requiere predisposición (pacto de lealtad), tiempo y una buena gestión de la diferencia. En el autonomismo, la unidad se concibe como un presupuesto imperativo, como una ley natural cuya preservación es políticamente irrelevante.

2.2. LA CAJA DE RESISTENCIA

Además de la fuerza del símbolo («la indisoluble unidad de la Nación Española») y el expreso rechazo del constituyente a la idea federal, la Constitución española presenta algunas atalayas defensivas frente al enemigo federal que se han demostrado sumamente eficaces y resistentes.

La primera de ellas, como recientemente ha destacado Pérez Royo (2015: 125-128), es la provincia. Nos recuerda este autor que esta entidad territorial no figuraba en el primer anteproyecto de Constitución y que fue deliberadamente introducida en el proceso constituyente como vacuna frente a la amenaza del virus federal:

«La provincia, la provincia española» de Javier de Burgos, y el Estado federal son términos incompatibles. E incompatibles, porque la provincia no pertenece al mundo de la democracia y el Estado federal solo puede pertenecer a ese mundo […] La provincia no ha sido en España un marco para la expresión de voluntad de los ciudadanos, sino un instrumento para el control de la ciudadanía desde el gobierno de la monarquía española. La provincia ha sido un instrumento para «encuadrar la población desde arriba y no para que esta pudiera expresarse libremente desde abajo […] La contradicción entre la constitucionalización de la provincia y la desconstitucionalización de las comunidades autónomas es la nota distintiva de la "Constitución territorial" española».

El autonomismo es la visión «provincial» de la descentralización política. La que tiene miedo a la democracia y a la competencia federal y que, por ello mismo, preconiza una falsa idea de igualdad estructural como marco de contención de la diferencia libremente expresada. El autonomismo persigue reducir a una sola voz, la provincial (diputados y senadores son elegidos y representan a la provincia), las distintas voces de España. Por eso, coincido con Javier Pérez Royo cuando afirma: «La Constitución territorial española es constitucionalmente PROVINCIAL y, como consecuencia de ello, ANTIFEDERAL» (Pérez Royo, 2015: 127).

En las Cortes constituyentes de 1978, la derecha y la izquierda sintieron, por diversas y distintas razones, miedo a la libertad federal y encontraron en la provincia la fórmula para

pactar una huida hacia adelante. Hoy, cuando la reforma de la «constitución territorial» parece una realidad inaplazable, muchas fuerzas políticas ofrecen soluciones formalmente federales que no pueden ocultar la esencia persistente de ese provincialismo; una predisposición intelectual profundamente unida a la herencia anímica de una sociedad que, desde principios del siglo XIX, se ha socializado torpemente en un liberalismo administrativo de cuño francés que tiene en la uniformidad su diosa de la razón. Incapaces de reconocer la diferencia, ofrecen soluciones territoriales de vicariato o de departamento, como en su tiempo lo hiciera el federalismo organista de la primera república (Cagiao, 2014), presumiendo que todos los ciudadanos tienen un mismo sentimiento nacional. Ignoran, como escribiera Jefferson en el número 46 de los *Federalist papers*, que el republicanismo federal es una forma competitiva de entender la democracia y la libertad y que, por tal motivo, «no está en la Constitución sino en el espíritu del pueblo». La *democracia* y la diversidad de sentimientos de pertenencia requiere de un concepto distinto de nación, en el que se abandone el obsesivo fundamento de la soberanía por la fuerza legitimadora del pacto. Como ha señalado Elazar (2011: 245), «es importante repetir que una de las características del federalismo, que nace de su base popular, es la reducción de la soberanía, a una cuestión incidental […] El principio federal representa una alternativa (y un ataque radical) a la idea moderna de soberanía».

La segunda línea de defensa se ubica en la «constitución económica». Aunque, como la territorial, también es de escasa densidad normativa, tanto sus contenidos como sus desarrollos legales y jurisprudenciales están pensados para impedir la aplicación de los principios y fundamentos básicos del federalismo fiscal. Es cierto que en España, al igual que en los Estados federales, podemos encontrar tres niveles de gobierno (local, regional y central). No es menos cierto, sin embargo, que en los Estados federales los gobiernos regionales gozan de una alta libertad de recaudación fiscal y gestión de sus propios intereses. Cuanto mayor es su poder de decisión económica, menor ha de ser su dependencia financiera del nivel federal, pues para el federalismo libertad y responsabilidad (*accountability)* son piezas inescindibles. Cada estado miembro debe asumir los costes económicos, sociales y políticos derivados de su decisión. Ejercer la libertad tiene su precio. En consecuencia, el federalismo fiscal descansa sobre la idea de que cada nivel de gobierno debe contar con sus fuentes propias de ingresos, que serán suficientes para hacer frente al grueso de su autonomía de gasto. Sobre este esquema inicial se articulan después todos los resortes financieros necesarios para financiar las áreas de cogobierno, los fondos federales de igualación, las medidas antifraude y todas aquellas otras llamadas a impedir, por ejemplo, descompesaciones territoriales o un excesivo *dumping* fiscal interno.

La Constitución española, sin embargo, no establece un sistema de ingresos propios para cada nivel de gobierno, y aunque según el Tribunal Constitucional existen «impuestos de referencia obligada» cuya regulación corresponde al Estado (por todas STC 182/1987), las CCAA solo pueden legislar sobre aquellos impuestos que el Estado les haya cedido (y sujetas a las condiciones que les imponga) en aquellas materias en las que hubiesen asumido una competencia material (tributos extrafiscales o de ordenación) y sobre impuestos propios, siempre que no recaigan sobre hechos imponibles ya gravados o reservados al Estado o a las entidades locales. En pocas palabras, la capacidad de las comunidades autónomas para crear impuestos, aspecto fundamental para tener unos ingresos propios y, por ende, un autogobierno económicamente independiente, se reconoce de forma muy limitada y condicionada. La dependencia financiera del centro, mediante la constitucionalización de una hacienda de transferencia cuyo diseño corresponde exclusivamente al estado (art. 141.1.14 CE), escamotea la existencia de una responsabilidad financiera autonómica y, por tanto, de decisiones económicas no condicionadas por

parte de las comunidades autónomas. Pero no solo el ingreso, sino también el gasto, está fuertemente condicionado por la legislación estatal. A menudo se insiste en que una buena parte del gasto público corresponde a las comunidades autónomas (alrededor del 35% del total). Lo que no se dice es que la mayor parte del mismo es pura transferencia para la ejecución (educación, sanidad, políticas activas de empleo, seguridad social…) de materias de gestión transferida o de decisiones legislativas del Estado de obligada observancia para todas las comunidades autónomas. El reconocimiento por el Tribunal Constitucional de un poder de gasto universal en manos del Estado, que siempre podrá hacer uso de su soberanía financiera al margen del sistema constitucional de distribución de competencias, tampoco favorece un entendimiento federal de la «constitución financiera» (STC 13/1992, FJ. 7).

Sin independencia económica real, poca autonomía política se puede tener. Pero, sobre todo, el modelo español de financiación diluye gravemente un principio que deviene en esencial para el federalismo: la *accountability* o dación de cuentas. Existe una deliberada oscuridad sobre lo que cada comunidad autónoma aporta a la caja común y, hasta el día de hoy, no se ha podido establecer algún criterio de justicia —como el de la ordinalidad, introducido por el Tribunal federal alemán— que sirva para orientar los criterios de distribución y reparto. Esta falta de transparencia ha hecho que la ciudadanía no sepa a qué nivel de gobierno imputar y exigir responsabilidades y que, por tanto, se pregunte cuáles son las ventajas de un modelo descentralizado de gestión política.

Finalmente, todo el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas incurre mayoritariamente en una buscada reiteración de contenidos con el propósito de fragmentar las políticas públicas y conseguir, así, que en muy poco ámbitos materiales una comunidad autónoma pueda desarrollar políticas públicas propias y diferenciadas. Salvo muy al principio —y en muy contadas ocasiones—, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en gran medida artífice real del modelo, ha obedecido a una lógica adaptativa y en tono menor de técnicas próximas al federalismo cooperativo importado de forma sesgada de la República Federal Alemana, que se fueron intensificando en la medida en que el originario diseño constitucional tuvo que adecuarse a la cesión de competencias que supuso el ingreso de España en la Comunidad Económica Europea. Pronto, las competencias exclusivas de las comunidades autónomas se vieron mudadas en compartidas (la utilización expansiva del art. 149.1.1 CE, la aceptación por el Tribunal Constitucional de forzadas concurrencias competenciales, la expansión del concepto de «bases»…). Cuando uno repasa con cierto detenimiento las llamadas competencias exclusivas de las comunidades autónomas del art. 148 CE y examina lo que queda de ellas tras treinta y cinco años de jurisprudencia constitucional, puede comprobar que, por una u otra vía, todas esas parcelas de poder están condicionadas por leyes estatales (aguas, costas, agricultura, minas, pesca, medioambiente, carreteras…). Hasta en las competencias de organización la administración de las comunidades autónomas está sometida a la legislación básica del Estado (función pública, procedimiento administrativo….). A excepción de las diferencias culturales (lengua, tradiciones…) y, aún así, siempre que no se proyecten sobre servicios públicos esenciales como la educación o la sanidad… las divergencias entre comunidades autónomas son de matiz, en el sentido de que todo lo políticamente importante desde la perspectiva ciudadana ha sido indirectamente armonizado por el Estado. Si no hemos necesitado ni leyes marco ni leyes de armonización es sencillamente porque ese efecto de uniformización normativa de las competencias autonómicas a través de leyes estatales se alcanzó mediante cauces alternativos.

Al final del camino, en el Estado autonómico el Estado hace la ley de «verdad» y las comunidades autónomas son un incompleto desarrollo legal y ejecutivo de la misma, pues, conviene no olvidar que cuando un reglamen-

to del Estado contiene normas básicas, esta norma gubernamental también supedita y condiciona a la ley autonómica. Si a todo ello unimos el confuso juego que se le ha dado al principio de supletoriedad del Derecho estatal, es fácil constatar que la cultura de la «administración liberal continental» ha servido, en la práctica diaria, como muro de contención y recentralización.

Si en el federalismo, incluso en el de ejecución, se alienta una cultura política basada en circuitos competitivos internos como expresión de libertad de la ciudadanía de cada entidad subfederada y como un *plus* de cercanía y calidad democrática del sistema político, en el Estado autonómico se diluyen deliberadamente los espacios de decisión propia, dando lugar a escenarios inciertos de codecisión en los que el Estado asume el papel de homogeneizar «lo importante» y fomenta un discurso político igualitario (que no de igualdad) incompatible con el respeto a la diferencia.

La concurrencia competitiva desaparece y el miedo a la libertad de las partes se sustituye por un modelo de obligada cooperación vertical, en el que, a diferencia del alemán, las comunidades autónomas tienen que ejecutar leyes en cuya elaboración no han intervenido. Si bien Estado y comunidades autónomas tienen competencias exclusivas, estas se entremezclan mediante un gran número de técnicas jurídicas (convenios, delegaciones, encomiendas de gestión, programas, planes, transferencias…) en un esquema final de competencias desigualmente compartidas que hace que ante los ciudadanos «todos los poderes públicos hagan de todo un poco». Además, esta tendencia es defendida y apoyada por quienes, a veces de forma inconsciente, propugnan una visión «provincial» de España: es bueno suprimir duplicidades y ganar en eficiencia.

Nada más ajeno a la cultura federal. El federalismo es innovación, por eso, como dijera el juez Brandeis en *New State Ice Co. vs. Liebman*, 285 U.S. 262,1932, el papel de los estados consiste en «servir de laboratorios de la democracia». En efecto, solo concibiendo el autogobierno como manifestación política de cada pueblo es posible que se produzcan políticas públicas diferenciadas entre sí y, por tanto soluciones diversas para un mismo problema. En contra de lo que piensa el «provincialismo» oculto bajo alguna propuesta autodenominada federal, la divergencia de respuestas públicas no es ni una discriminación ni una intolerable situación de desigualdad, sino la única forma coherente que existe en un Estado políticamente descentralizado para construir igualdad desde la libertad.

En efecto, es posible que durante un tiempo, y en razón de su autogobierno, en distintas partes (entes subfederados) de un mismo Estado se ofrezcan soluciones distintas a situaciones iguales. Cada una, atendiendo a su realidad y necesidades, creará aquella respuesta que estime más conveniente. Pero, al final, todos los entes subfederados podrán examinar, comparar y, en su caso, imitar aquella que, entre todas, se haya acreditado como la más eficiente y adecuada. Se produce, así, una selección natural entre experiencias creativas distintas que se imponen progresivamente porque convencen tras competir y no porque externamente se obligue, como en el Estado autonómico, a acoger una solución única.

Precisamente es esa falta de competencia innovativa lo que ha llevado a reformar sucesivamente la Constitución federal alemana. El intrincado entrelazamiento de la acción pública propia del federalismo cooperativo en el que todo se codetermina, se coordina y, finalmente, con la constitucionalización de las tareas comunes, se coejecuta, hacía inevitable que se produjesen situaciones de bloqueo institucional y de dificultad democrática para identificar a los responsables. En un contexto como el descrito, se incentiva la cesión de poder desde los *länder* hacia la federación a cambio de mayor participación en las decisiones federales y, a la par, ese «todos deciden sobre todo», corroerá la competencia democrática, sustituyéndola por lo que Peter H. Huber[4] denominó con expresión certera «la irresponsabilidad organizada».

3. EL FIN DE UN CICLO CONSTITUCIONAL

La «constitución territorial» ha llegado a su fin porque, como acertadamente señaló el Consejo de Estado en su dictamen sobre la reforma de la Constitución (2006), una buena parte de sus preceptos eran transitorios y se agotaron con su ejercicio. Otros conservan su vigencia en un ambiente de indiferencia. Desde el fallido intento de transformar el modelo a través de estatutos de autonomía de nueva generación, España vive una inercia autonómica de subsistencia. El motor del autonomismo se ha quedado parado por falta de energía. Los nacionalismos periféricos han decido bajarse y el nacionalismo español, que nunca ha estado convencido de las bondades de la descentralización, observa distante su rodar sin preocuparle mucho en qué momento pueda parase.

Después de tantos esfuerzos, el modelo ha entrado en profunda crisis y son pocos los que confían en él. La cuestión catalana ocupa nuevamente el corazón del debate territorial, esta vez, estrechamente vinculada a una pretensión de base democrática (el denominado «derecho a decidir»), pero claramente inconstitucional. La posibilidad de un escenario secesionista centra todas las preocupaciones y, ante esa circunstancia, una eventual reforma de la Constitución corre el riesgo de ser entendida como una respuesta forzada por esa situación.

La España democrática está obligada a abordar el espinoso asunto de la pluralidad de sentimientos nacionales que conviven en su interior. Aunque algunos se empeñen en situarla en la órbita de otros países políticamente descentralizados (como los Estados Unidos de América, Alemania o Austria), lo cierto es que España pertenece a un muy reducido club. Nuestro modelo no puede ser el de aquellos porque, como decía el maestro Rubio Llorente en relación con Alemania, para su Derecho público «no puede haber federalismo en sociedades donde existan nacionalidades distintas» (Rubio Llorente, 1996: 360). En efecto, la democracia española se enfrenta a una situación similar a la de Canadá en relación con Quebec o a la del Reino Unido respecto a Escocia. En puridad, también podríamos incluir a Bélgica, pero su convivencia multinacional es tan particular (repartir el poder institucional entre sus dos naciones) que de poco podría servirnos.

Sabemos que tanto en Canadá como en el Reino Unido la tensión secesionista se solventó mediante referéndums y posteriores ajustes constitucionales comprometidos (aunque no todos cumplidos) ante la ciudadanía de Quebec y Escocia. Considero que no es necesario reiterar aquí los contenidos de la denominada «doctrina de la claridad» y su proyección práctica. Pero sí debo decir que, a diferencia de otros autores (Rubio Llorente, 2008; Ruíz Soroa, 2014), soy de los que considero que no es posible convocar un referéndum para Cataluña sin reformar antes el art. 92.1 CE.

Por tanto, toda solución ha de pasar, según mi criterio, por una reforma de la Constitución. Podemos reformar el art. 92.1 y permitir un referéndum en Cataluña sobre su nivel de satisfacción en relación con su encaje en España y seguir el modelo del pacto y la «claridad» (una pregunta clara y una mayoría clara) acogido en Canadá y en el Reino Unido o podemos optar por ofrecer a Cataluña y a otros pueblos de España en los que también existe en mayor o menor grado un sentimiento identitario políticamente expresado (País Vasco, Galicia, Canarias, Valencia…) la posibilidad de elaborar juntos una nueva «constitución territorial» para España.

Ahora bien, que nadie piense que esta última opción, a mi juicio la más deseable, es una tarea fácil que unos cuantos juristas habilidosos podrán solucionar. Creo que, para que fuese operativa, la profundidad de la reforma sería de tal calado que, en cierto sentido, estaríamos hablando de «otra» constitución.

En efecto, la Constitución reformada tendría que abandonar el «provincialismo» ideológico y los reiterados temores del ayer para asumir los riesgos de un nuevo tiempo en el que descentralización política y responsabilidad

caminasen de la misma mano. Algo completamente distinto a la forma de entender y hacer política en la España de nuestros días.

4. ESPERAR UN IMPOSIBLE

Una España que quiera gestionar su diversidad debe luchar contra la fuerza de persuasión política y sentimental que tienen las palabras «nación» y «soberanía». Para ello, es necesario que no solo los españoles, sino también los pueblos de España intervengan y sean considerados como sujetos constituyentes. Necesitamos construir, al lado de los distintos sentimientos nacionales, un sentimiento de lealtad común al pacto federativo (*foedus*) como garantía de respeto mutuo. La pertenencia de España a la Unión Europea puede ser un instrumento útil como factor de cohesión. Para el proyecto de convivencia plasmado en una futura Constitución reformada, la existencia de sentimientos identitarios diferenciados no debe constituir una cuestión políticamente relevante, pues sobre todo ha de importar el establecimiento de políticas públicas orientadas a reforzar permanentemente el pacto.

Esto comporta una radical «reconstrucción de las infraestructuras de la vida cívica» (Sandel, 2011: 302), objetivo que solo se puede alcanzar si se admite una cierta dosis de competencia interior y un alto control democrático del poder, de suerte que esa libertad de hacer y esa transparencia democrática permitan tejer una red de lealtades mutuas que contrarreste los vínculos particulares a sentimientos nacionales. Porque el éxito de la democracia no consiste en disponer de la más perfecta estructura institucional imaginable, sino, como ha escrito Sen (2009), en consentir la existencia de una pluralidad de razones sostenibles, expresadas a través de nuestros patrones reales de conducta.

En efecto, a menudo se confunden los conceptos de federación y federalismo. Como ha señalado Preston King (2001: 76), el federalismo es una fuerza motriz y multidimensional (política, cultural, ideológica…) mientras que la federación es su contraparte institucional. En España hay quien defiende una federación sin federalismo y eso es perseguir un imposible. No hay federación sin cultura federal.

España necesita un federalismo de reconstrucción ante la unidad amenazada y, por tanto, ya solo le sirve, según la clasificación de Stepan (2001), un modelo de federalismo «to hold together», como cauce para acomodar la multinacionalidad en el seno de un mismo Estado.

No debemos presumir la unidad, sino trabajar cada día por ella, respetando la diferencia y mostrando los beneficios de la vida en común. Todo pacto federal es inestable «por diseño» (Bednar, 1999) y requiere una actualización constante de los incentivos institucionales y políticos que lo motivaron. No basta con autodenominarse «federal» o con haber incorporado instituciones típicas de los estados federados. El sistema federal ha de ser sostenible (Filippoy *et al.,* 2004), sostenibilidad que necesita fórmulas constantes de autorrefuerzo institucional que incentiven a los actores políticos para atenerse a las reglas de juego establecidas por la constitución e impidan el deterioro de los equilibrios entre federación y unidad federada. La constitución federal deberá ser, en consecuencia, lo suficientemente flexible como para permitir oscilaciones hacia el centro o hacia la periferia según las necesidades y preferencias de la ciudadanía en cada momento y el árbitro que delimita esa tensión —Tribunal Constitucional— deberá ser consciente de la trascendencia de su rol político e institucional. En un Estado federal nunca hay repartos definitivos del poder ni competencias inamovibles, sino un reajuste permanente de espacios mediante un proceso de negociación constante en los que el Derecho y la política tienen que tratarse de tu a tú, en un diálogo siempre inacabado.

En suma, fomentar una democracia federal, de valores fuertes y arraigados, implica no quedarse en la superficie de las instituciones

reformadas. La tarea será ardua y compleja. La clave del éxito no estribará en el cambio de la circunscripción electoral, en la incorporación de un modelo federal de senado o en la plasmación constitucional de un catálogo más o menos claro de competencias. Todos ellos son instrumentos valiosos que ayudarán a consolidar un hipotético sistema federal para España. Pero además, se requiere afianzar los mecanismos de control democrático del poder, comprender que la igualdad federal supone «institucionalizar límites formales a la voluntad de la mayoría nacional» (Whitaker, 1991) y que es preciso determinar cuánta igualdad es necesaria para la viabilidad y estabilidad del Estado federal que se quiere establecer.

Me temo que estamos demasiado lejos de esa cultura, aunque soy de los que creen que merece la pena intentarlo y romper en este punto con los precedentes de 1931 y 1978.

NOTAS

1. Sobre el origen del binomio «nacionalidades y regiones», que marcará un claro aspecto diferenciador entre la Constitución de 1978 y la de 1931, Santos (2011) explica cómo ya a mediados de la década de los sesenta del pasado siglo tanto fuerzas catalanistas como el PSOE y el PCE utilizaban con normalidad ese esquema de diferenciación, unas veces para vincularlo a una España nación de naciones, otras para subrayar la dimensión federal que debiera tener la Constitución política de España tras la muerte del dictador.

2. En este sentido se pronunciaba Badía (1979-1980:8) cuando escribía que «en relación con la creación de los regímenes provisionales preautonómicos mediante reales decretos-leyes, hemos de manifestar nuestra disconformidad desde un punto de vista constitucional, pues opinamos que tales reales decretos-leyes carecían de fundamento legal».

3. En este sentido, todos los estudios actuales sobre el Estado federal dan la razón al diputado José Franchy Roca (DSCC núm. 32, 03/09/1931, pp. 746-749), en una intervención recientemente recogida en Guerra Sesma (ed.) (2016: 104-106), cuando replicaba que el federalismo «no solo es aplicable a la unión de distintos Estados, sino igualmente a la reorganización de estados constituidos por otros sistemas, en los cuales se quiere llegar a la expresión verdadera de la democracia».

4. *Kommissionsdrucksache* 0008 del 10 de diciembre de 2003, p. 2 (comisión conjunta del Bundestag y el Bundesrat para la modernización del ordenamiento federal alemán)

BIBLIOGRAFÍA

BEDNAR, Jennifer L. (1999): «Federalism: Unstable by Design», comunicación presentada en la reunión anual de la APSA, Atlanta.

CAAMAÑO, Francisco (2014): *Democracia federal. Apuntes sobre España*, Madrid: Turpial.

CAGIAO, Jorge (2014), *Tres maneras de entender el federalismo*, Madrid: Biblioteca Nueva,.

CLAVERO, Manuel (1978): «Prólogo», en *Regímenes Autonómicos,* Madrid: Colección Informes, Presidencia del Gobierno.

— (2006): «El nacimiento del Estado de las autonomías», *Colección Mediterráneo Económico*, 10, Caja Rural Intermediterránea.

ELAZAR, Daniel J. (2011): *Anàlisi del federalisme i altres textos*, Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics.

FERRANDO BADÍA, Juan (1979-1980): «Del Estado unitario al Estado autonómico. Su proceso», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, 5, 7-19.

FILIPPOV, Mikhail, Peter C. ORDESHOOK y Olga SHVESTOVA (2004): *Designing federalism: A theory of self-sustainable federal institutions,* Cambridge: Cambridge University Press.

FOLEY, Michael (1989): *The silence of constitutions: gaps «abeyances» and political temperament in the maintenance of government,* Londres: Routledge.

GUERRA SESMA, Daniel (ed.) (2016): *El pensamiento territorial de la segunda República*, Sevilla: Athenaica.

JULIÁ, Santos (2011): «Nación, nacionalidades y regiones», en J. Moreno Luzón (ed.), *Izquierdas y nacionalismos en la España contemporánea*, Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 257-283.

KING, Preston T. (2011): *Federalism and federation*, Londres: Croom Helm.
PÉREZ ROYO, Javier (2015): *La reforma constitucional inviable,* Madrid: Los libros de la catarata.
RUBIO LLORENTE, Francisco (1996): «La reforma constitucional del Senado», en Generalitat de Catalunya (ed.), *Ante el futuro del Senado,* Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics.
— (2012): «Un referéndum para Cataluña», *El País*, 08/12/2012.
RUIZ SOROA, José María (2014): «Es posible regular la secesión aquí y ahora?», en J. Arregi (coord.), *La secesión de España*, Arregi, Madrid: Tecnos.
SANDEL, Michael (2011): *Justicia: ¿Hacemos lo que debemos?*, Barcelona: Random House Mondadori.
SEN, Amartya (2009): *La idea de la justicia*, Madrid: Taurus.
STEPAN, Alfred (2001): «Toward a new comparative politics of federalism, (multi)nationalism and democracy: beyond Rikerian federalism», en *Íd.*, *Arguing comparative politics*, Oxford: Oxford University Press, 315-363.
WHITAKER, Reg (1991): *A sovereign idea*, Montreal: McGill-Queens's University Press.

Fecha recepción: 16 de febrero de 2016
Fecha aceptación: 16 de mayo de 2016

RETORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD
A RETURN TO THE CONSTITUTIONALITY

Santiago Muñoz Machado

Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El artículo subraya que la propuesta independentista catalana y su rechazo a la Constitución de 1978, recuerda un conflicto constitucional histórico en España desde 1812: la cuestión de la soberanía. A este respecto, el reparto de la soberanía, originariamente única e incondicionada, para dar lugar al nacimiento de un nuevo Estado, es una operación solo concebible en casos extremos que no se plantean en las democracias avanzadas europeas. El autor rechaza que el modelo de descentralización política en España sea una forma de Estado federal debilitado o incompleto. Por otra parte, sostiene que una futura reforma de la Constitución podría prever una cláusula de intangibilidad referida a la organización territorial del Estado. En relación con la posibilidad de que se celebre un referéndum de autodeterminación en Cataluña, se sostiene que es constitucionalmente posible, pero limitado a su territorio, para que los ciudadanos ratifiquen un nuevo estatuto. Si es otro tipo de referéndum, al margen de las facultades de los ciudadanos de un solo territorio, el referéndum territorial debería ser simultáneo con otro a escala estatal.

PALABRAS CLAVE

Constitución, Soberanía, Estado Federal, Referéndum, Reforma constitucional, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

The article stresses that the Catalan independence proposal and its rejection of the Constitution of 1978, remember a historic constitutional conflict in Spain since 1812: the question of sovereignty. In this regard, the sharing of sovereignty originally unconditional and single, to give birth a new state, is only conceivable operation in extreme cases do not arise in the European advanced democracies.

The author rejects the model of political decentralization in Spain is a form of incomplete or weakened federal state. On the other hand, it argues that a future reform of the Constitution could provide intangibility clause referring to the territorial organization of the State, and in relation to the possibility of a self-determination referendum held in Catalonia, is held to be constitutionally possible, but limited to their territory, so that citizens ratify a new statute. If other type of referendum, regardless of the powers of the citizens of a single territory, the territorial referendum should be simultaneous with other statewide.

KEY WORDS

Constitution, Sovereignty, State Federal, Referendum, Constitutional Reform, Constitutional Court

RETORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD

Santiago Muñoz Machado*
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I

La liza propuesta por el independentismo catalán, su negativa a seguir acatando los dictados de la Constitución de 1978 por considerarla una norma española que no debe concernir a este territorio, recuerda a un tipo de conflicto constitucional histórico sobre el que en España tenemos gran experiencia porque se ha levantado contra casi todas las constituciones promulgadas desde 1812: la cuestión de la titularidad de la soberanía.

A lo largo del siglo XIX, este fue uno de los argumentos más firmemente utilizados para derribar constituciones. Las constituciones basadas en la soberanía nacional o la soberanía popular fueron sustituidas por otras fundadas en la soberanía del monarca y viceversa; no se acertó a conciliar la oposición irreductible entre soberanos hasta que no se halló la fórmula ecléctica ideada por el liberalismo doctrinario, consistente en el establecimiento de la soberanía compartida entre la nación y el monarca. Este equilibrio, bastante ficticio y nominal en cuanto que inútil para explicar en qué instancias residió el poder efectivo en cada momento, se prolongó hasta la aprobación de la Constitución de 1931 y ya no ha vuelto a aparecer en la de 1978, surgida de la soberanía popular.

La cuestión de la titularidad de la soberanía se ha mantenido tras la Constitución de 1978, aunque expresada de otra manera. La disputa no enfrenta ahora al rey y a la nación: nadie pone hoy en duda que la soberanía reside en el pueblo, pero se discute la existencia de una sola nación y un único soberano dentro del marco territorial del Estado español. Lo que reclaman algunos territorios infraestatales es su condición nacional y sus derechos soberanos. La reivindicación tiene dos formas jurídicas de expresarse: el reconocimiento de los derechos históricos, de naturaleza preconstitucional, que corresponderían a dichos territorios; y, directamente, el poder soberano y constituyente para aplicarlo a la posible formación de un Estado independiente. Ya hemos visto que esta es la pretensión mantenida en Cataluña por algunos grupos políticos que representan a un porcentaje importante de la población. La apelación a los derechos históricos ha sido más característica de las posiciones soberanistas vascas, que, además de los argumentos generales antes indicados, encuentran un apoyo añadido en la disposición adicional primera de la Constitución, que declara el amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales.

Las consecuencias soberanistas del reconocimiento de los derechos históricos están muy acotadas por la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional ha declarado que, excepción hecha del País Vasco, los demás territorios o comunidades autónomas del Estado no pueden apelar a aquellos derechos (respecto a Cataluña, *cf.* las SSTC 103/2008, 31/2010,

* Este texto es parte del Capítulo IX de mi libro *Antigua y nueva Constitución*, actualmente en prensa.

42/2014 y 2 de diciembre de 2015). Además, la mención constitucional a los derechos históricos no implica, según el Tribunal, el reconocimiento de un último reducto de soberanía o de participación en la del Estado por parte del territorio que es titular de los mismos: «No se presenta la Constitución, por lo tanto —ha dicho el Tribunal Constitucional—, como resultado "de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores" a ella (SSTC 76/1988, de 26 de abril, FJ 3; y 247/2007, FJ 4 a), sino como norma incondicionada y condicionante de cualesquiera otras en nuestro ordenamiento. Se trata de una normativa superior, a la que todos —ciudadanos y poderes públicos— quedan sujetos (art. 9.1 CE)» (STC 259/2015, de 2 de noviembre).

Los análisis más habituales, realizados por la mayoría de nuestra doctrina y por el Tribunal Constitucional acerca de la significación jurídica de la soberanía y sus relaciones con el poder constituyente y el poder de reforma constitucional siguen anclados en ideas surgidas en Europa en el siglo XIX, en contextos políticos distintos de los que actualmente afectan al poder soberano. La soberanía ha sido tradicionalmente descrita como un poder máximo de disposición, originario, irresistible e incontestable, al que están sometidos todos los sujetos e instituciones, públicos y privados. Es un poder monolítico, no susceptible de fragmentación. Aplicado al Estado, es el fundamento del poder constituyente del que emerge la Constitución, la norma superior a todas las normas y la que decide sobre las relaciones entre las que forman el ordenamiento jurídico.

No parece necesario que descienda ahora a los orígenes de estas ideas en la filosofía política, desde la atribución de ese poder irresistible al monarca (Bodino, Hobbes) hasta su traslación al pueblo (Rousseau, Montesquieu, movimientos revolucionarios en Inglaterra, Francia y España desde finales del siglo XVII a principios del XIX). Interesa recordar, tan solo, que la dogmática de la soberanía presupone que los atributos o poderes esenciales que comprende no pueden ser compartidos. Desde luego, por lo que ahora interesa dejar sentado, no lo es el poder constituyente. Es posible que dos o más poderes soberanos concurran para la aprobación de una constitución común. Suele decirse, generalizando, que este es el caso de las confederaciones, que se forman en virtud de un pacto entre Estados originariamente soberanos. No siempre ha sido así en la historia de las confederaciones, pero el estereotipo es útil para esquematizar.

Partiendo de este cuadro elemental, resultaría que la soberanía del pueblo español, que comprende el poder constituyente, puede resultar limitada o restringida si se admiten alguna de estas dos aseveraciones: primero, que el origen de la Constitución de 1978 reside en un pacto entre territorios que han venido formando parte durante algunos siglos del Estado español. Esos territorios dispondrían de una soberanía originaria que se utilizó durante el periodo constituyente, bien en términos positivos —mediante su participación en la elaboración del texto constitucional—, bien de forma pasiva —a través de la simple aceptación o dación del «pase» a la Constitución aprobada por las Cortes españolas—.

El único indicio que ha quedado en la Constitución de 1978 de un eventual pacto constituyente entre territorios es la Disposición Adicional Primera, ya citada, que reconoce los derechos históricos de los territorios forales. Pero el indicio no es suficientemente fuerte y ha quedado desvalorizado por un buen número de pruebas expresas de que en aquella ocasión histórica hubo un único poder constituyente en acción: el del pueblo español en su conjunto, depositario de la soberanía. El Tribunal Constitucional lo ha apreciado así en numerosas sentencias, entre ellas las arriba citadas. Ello, por cierto, no niega otros efectos jurídicos que tiene la cláusula y que diferencia la posición constitucional de los territorios forales vascos de las demás comunidades autónomas.

La segunda hipótesis de condicionamiento o reducción del poder soberano consistiría en aceptar que la Constitución no impide la secesión de un territorio integrado en el Estado ni que inicie un proceso constituyente que conduzca a la formación de otro Estado independiente. Ya he argumentado más atrás que es incuestionable que la Constitución española no permite ese proceso de independencia. Hasta los propios mentores jurídicos y políticos de la secesión en Cataluña han considerado que, rectamente desarrollado, el camino hacia la independencia necesitaría tener una cobertura constitucional que ahora no tiene.

Pero ¿puede reformarse la Constitución para habilitar la secesión de un territorio que forma parte del Estado desde hace centurias? ¿Se puede incluir en la Constitución una cláusula de secesión? Las cláusulas de separación son habituales en los tratados internacionales. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 regula extensamente los supuestos de separación de un Estado de un tratado que ha suscrito (artículo 54 y siguientes). Incluso en los Tratados europeos se han mantenido este tipo de cláusulas habilitantes de la separación de los Estados miembros de conformidad con los poderes que les reservan sus propias constituciones (actualmente artículo 50 TUE).

¿Se puede aceptar algo parecido en el texto de una constitución? Hay algún constitucionalista, cuya posición es absolutamente minoritaria, que ha postulado la posibilidad de incluir una cláusula de secesión en la Constitución española como solución final para «armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático» (Aláez Corral, 2015).

Entendida la función de la cláusula de separación en el sentido que le atribuye la frase transcrita, resultaría que hay un principio o valor reconocido en la Constitución, el principio democrático, que puede imponer un cambio tan radical de su contenido que podría tener incluso efectos destructivos del sistema de valores en que esta se basa. La apelación a la democracia permitiría liquidar la Constitución partiendo de la propia legalidad constitucional.

El contraste entre la Constitución y el principio democrático se ha vinculado por una corriente de pensamiento —cuyos adeptos en España han crecido sorprendentemente en cuanto la novedosa doctrina ha sido enunciada— a la ruptura del dogma de la indivisibilidad del Estado, que se ha mantenido indiscutido desde la Paz de Westfalia hasta hoy. Se formula la nueva doctrina del modo siguiente: la indivisibilidad del Estado no debe ser una regla absoluta que impida la realización de las aspiraciones democráticamente expresadas por comunidades territoriales que han venido formando parte del mismo de separarse para constituir entidades políticas independientes. Este derecho de autodeterminación no solo debería ser reconocido en el caso de las regiones colonizadas o a los territorios que no consiguen realizar sus libertades a causa de la opresión a que están sometidas, que son los supuestos básicos en los que los tratados y documentos de las propias Naciones Unidas lo reconocen y consideran amparable, sino en cualquier supuesto en que un territorio perteneciente a otro Estado, aunque con tradiciones e historia propias, entidad de población y condiciones económicas suficientes para asegurar su viabilidad como entidad independiente acuerda democráticamente separarse. En tal caso, el Estado originario o matriz debe permitir la celebración de la correspondiente consulta para que se exprese la voluntad (secesionista o no) del pueblo de ese territorio. Los representantes políticos, formales o fácticos, de este territorio tienen que aceptar, por su parte, las condiciones establecidas para el desarrollo de la consulta, que han de ser pactadas y claras respecto de la pregunta que se formule y sus consecuencias. Si los resultados fueran favorables a la independencia, el Estado matriz y su fragmento habrían de negociar los términos de la separación, hacer las cuentas de sus costes y transferencias necesarias y programar la transición hasta la creación del nuevo Estado.

Esta emergencia de una nueva entidad política soberana se gesta en el cuerpo del viejo Estado y precisa para ejecutarse una reforma constitucional para que este prescinda de una parte de su territorio y población, y nazca un nuevo soberano que ejercerá su propio poder constituyente.

Toda esta peripecia jurídica y política tan singular es, como antes decía, la consecuencia del arrumbamiento por decrepitud del principio de indivisibilidad del Estado y del arrollador reconocimiento del principio democrático. Se entenderá mejor ahora por qué se dice que esta clase de principio democrático es contrario a la constitución establecida. En la medida en que se opone a la regla de la integridad territorial, tan esencial al Estado constitucional, la democracia separatista es imposible de ejercitar partiendo de la constitución vigente: en nuestro Estado o en cualquier otro. El soberano no puede concebir su propia mutilación. No solo es contraria a la constitución, sino que tampoco es viable la inclusión en ella, por vía de reforma, de una cláusula de secesión. La secesión de una parte del territorio del Estado no es constitucionalizable mediante el mecanismo de la reforma. Es incomprensible que una constitución habilite poder constituyente (que, por definición, solo puede ser originario) a favor de una unidad inicialmente comprendida en su ámbito de aplicación con la única finalidad de que se separe. No es materia de una reforma constitucional. Podría aceptarse, en el extremo, que todo ello implicaría acoger la autodestrucción o la fragmentación y, si fuera imaginable que un soberano decida tan radical restricción de su poder, la aceptación sería un hecho constituyente de la máxima relevancia. Si se considera que el poder constituyente no tiene límites, el soberano original podría disponer tan monumental sacrificio. Tendría que modificarse el artículo 2 de la Constitución, que consagra la indisoluble unidad de la nación española. Pero esto, en verdad, no es una reforma de la Constitución sino su sustitución por otra basada en fundamentos distintos.

Jurídicamente, como se ve, el fenómeno es explicable. Política, social y económicamente, las evaluaciones son, como es natural, distintas y llevan, por lo general, a conclusiones impeditivas de semejante quiebra del Estado. Jaria i Manzano (2015: 192) lo ha hecho notar con acierto: «No tiene el menor sentido pedir a la comunidad matriz que modifique su consenso básico solamente para permitir el nacimiento de otra comunidad con la cual, por definición, no compartirá, desde su nacimiento, la constitución reformada». Dando rienda suelta a la imaginación política, cabría pensar en una hipótesis extrema en la que, constatada la imposibilidad de que un determinado territorio pudiera continuar a una determinada disciplina constitucional, se intentara otra de carácter confederal cuya plasmación final requiriera como paso intermedio la conversión del territorio desafecto en un Estado independiente con su propia constitución para acabar finalmente recalando en una organización confederal con el Estado del que se ha separado. Algo semejante parecen querer decir, aunque desde luego no lo expresan de este modo, algunos informes del Consejo para la Transición Nacional de Cataluña y también las declaraciones sobre propósitos futuros de relación con España que dan a conocer en sus discursos los representantes políticos independentistas de la comunidad catalana.

Esta nueva filosofía, que ensalza el poder democrático de los pueblos reunidos en comunidades políticas —nacionales o no, pero significadas por su historia, cultura y economía—, se ha extendido mediante la generalización de los análisis sobre las aspiraciones secesionistas de Quebec para construir una teoría general aplicable a cualquier otra comunidad política. El principio democrático como superador de la regla de la indivisibilidad del Estado, supuestamente obsoleta, es el pivote de la argumentación del Tribunal Supremo de Canadá en su famosísima (al menos entre políticos y juristas) *Secession Reference* de 1998 sobre la constitucionalidad del referéndum quebequés y las consecuencias de su celebración.

Más tarde se ha enriquecido este acervo teórico con las disquisiciones que ha propiciado el referéndum celebrado en Escocia en 2014 y sus prolegómenos. Pero no me pararé en esta ocasión a recordar estos sucedidos, que ya analicé extensamente en un libro (Muñoz Machado, 2014) al que aquí me remito.

El referéndum independentista de Quebec se celebró por segunda vez en aquellas fechas porque nada hay en la Constitución de Canadá, basada en los principios de una ley decimonónica del Parlamento británico —la *British North America Act* de 1867—, posteriormente repatriada, que impida jurídicamente que la vieja colonia francesa, anejada tardíamente al conjunto de provincias que integran la federación canadiense, celebre un nuevo referéndum. Tampoco había problemas constitucionales para que el viejo Reino de Escocia, unido al de Inglaterra desde 1707 mediante decisiones de los respectivos parlamentos, consideradas mayoritariamente como un tratado, celebrara una consulta sobre la separación tres siglos después.

Los resultados negativos de estos referéndums no han permitido conocer más desarrollos en la práctica acerca de cómo se procede a negociar la separación. En el caso británico, la inexistencia de constitución remitiría a las decisiones que fuera adoptando el Parlamento soberano. En el supuesto canadiense, se habrían tenido que activar los dos poderes constituyentes: el que se ejercería para cambiar la Constitución de Canadá y el nuevo, que aprobaría la Constitución de Quebec independiente. Tampoco hemos podido saber cómo se resolvería, a base de negociaciones, la separación efectiva.

Pero en ninguno de los dos Estados ha sido precisa una reforma previa de la constitución para que pueda celebrarse el referéndum porque en ninguno de ellos existen cortapisas constitucionales que lo impidan. En cambio, en la tradición constitucional continental europea y, desde luego, en la española, no tengo dudas de que el poder constituyente estatal tendría que intervenir en los correspondientes procesos de separación o, si se quiere, de que sería necesaria una reforma aprobada en referéndum por los ciudadanos conforme a lo previsto en el artículo 168 CE. Y la cuestión aneja de si se puede celebrar un referéndum independentista en Cataluña o en cualquier otro territorio del Estado ha de resolverse con arreglo a los mismos criterios, ya que la consulta no es otra cosa que la primera y necesaria fase preliminar del procedimiento que conduce a la posible secesión. No puede incluirse en la Constitución la habilitación de un referéndum de esa clase si no participa en la decisión el titular del poder constituyente originario, el pueblo soberano, y lo acepta en referéndum.

Para dar lugar al nacimiento de un nuevo Estado creado en un territorio que anteriormente formaba parte de una entidad estatal soberana, el reparto de la soberanía, originariamente única e incondicionada, es una operación solo concebible en casos extremos que no se vislumbran en las democracias avanzadas europeas, en las que los respectivos Estados, muy especialmente los ampliamente descentralizados como el español, ofrecen oportunidades de autogobierno suficientes a todos los territorios que los integran.

II

La lucha política por la titularidad de la soberanía, entendida al modo decimonónico, no puede conducir, por las razones expresadas, a resultados satisfactorios para quienes la reclaman. Por esta razón, y para evitar el inútil desgaste, el sufrimiento y el desgobierno a los que se seguiría sometiendo durante años a la población del territorio, merece la pena reflexionar sobre si el modelo de autonomías territoriales organizado a partir de la Constitución de 1978 ofrece todavía proyecciones por explorar.

Junto a sus características de poder originario, único, irresistible e imprescriptible, la teoría clásica de la soberanía relacionaba las potestades esenciales que comprende. Entre estas, no solo el poder constituyente y el de re-

forma constitucional, sino el poder ordinario de legislar, acuñar moneda, establecer tributos, organizar y mantener las relaciones con otros Estados y declarar la guerra y acordar la paz. De estas prerrogativas, solo el poder constituyente, y con las limitaciones que estoy exponiendo, sigue bajo el dominio del soberano. Los demás, en un Estado moderno y europeo como el español, estas competencias se han redistribuido entre las instancias supranacionales a las que pertenecemos o estamos vinculados y las instituciones autonómicas que participan en la distribución territorial del poder. No es precisa, me parece, una demostración más detenida de este aserto, que considerará incuestionable cualquiera que conozca de las dimensiones del poder normativo de la Unión Europea y la enormidad del ordenamiento jurídico que ha constituido al cabo de los años, o de la continua producción de leyes por las comunidades autónomas, a las que se reconoce igual valor que a las estatales; la fuerte vinculación de nuestro Estado a las garantías de los derechos fundamentales establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 o en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 2000; la responsabilidad del Banco Central Europeo sobre el euro y el flujo monetario; la importancia creciente de las políticas europeas de defensa y relaciones exteriores o, en fin, la relevancia de la legislación tributaria europea y autonómica donde hoy se expresa, en gran medida, el poder soberano de exigir contribuciones al sostenimiento de las cargas públicas.

Los condicionamientos que afectan al ejercicio por Estado del poder de reforma constitucional en lo que concierne a la organización territorial del poder son tan rigurosas que puede sostenerse que, en cuanto a su diseño básico, nuestra Constitución es intangible.

Es equivocada desde todo punto de vista la consideración de la regulación del sistema de autonomías territoriales como un subproducto del federalismo, como un Estado federal debilitado o incompleto. A partir de que empezó a aplicarse el Título VIII de la Constitución, han sido continuas las comparaciones entre el modelo diseñado en nuestra Carta Magna y los federalismos —sobre todo los centroeuropeos— en el debate acerca de la naturaleza del Estado de las autonomías. El hecho de que también en esta ocasión histórica, a semejanza de lo ocurrido con la Constitución republicana de 1931, que utilizó la denominación «Estado integral», se haya evitado la utilización del término «federal», no ha sido óbice para que haya una corriente de opinión muy extendida que considera que el nuestro es, prescindiendo de la práctica de llamarlo de otra manera, un Estado federal. Todos los Estados de este tipo tienen sus peculiaridades y el nuestro las suyas, pero sustancialmente pertenece al mismo género de los federalismos.

Suele sostenerse que en los Estados federales el poder constituyente y el de reforma constitucional corresponden a la federación. Ocurre lo mismo en el caso español, pero con matices importantes: por una parte, los territorios que integran el Estado participan de modo decisivo en la operación constituyente, más de lo que lo hacen los estados miembros en las federaciones europeas; por otra, su voluntad es determinante para que pueda reformarse la distribución territorial del poder. Estos dos extremos, hasta ahora apenas considerados por la literatura constitucional, son capitales para determinar en qué medida algunas atribuciones del soberano están repartidas o condicionadas.

En cuanto a lo primero, son muchos los estudiosos de nuestra Constitución que han advertido su carácter incompleto, en la medida en que en ella no está terminada la regulación del régimen de las comunidades autónomas ni fijada, siquiera de modo definitivo, la lista de las atribuciones del Estado. Ambas cuestiones dependen, para su definición final, de lo que establezcan los estatutos de autonomía. Por esta razón, la generalidad de los autores que han escrito sobre la cuestión ha sostenido también que importantes aspectos organizativos del Estado están, en la Constitución de 1978, «desconstitucionalizados». La parte regulatoria que a la Constitución le falta han de añadirla

los estatutos de autonomía, que contienen, por tanto, un «trozo» de Constitución. Este se forma en el territorio interesado en acceder a la autonomía siguiendo un procedimiento de autodeterminación interna (es decir, de libre decisión sobre su organización y competencias, dentro del Estado). El origen de esta singular opción constituyente se remonta lo ocurrido en la segunda República con el Estatuto catalán de Núria, aprobado y refrendado en aquel territorio mediante el ejercicio de aquellos poderes de autodeterminación interna antes incluso de que la Constitución fuera aprobada en 1931. El *Estatut* se dejó varado en las Cortes hasta que se promulgó la Constitución; fue aprobado en 1932, e incluso se enmendó en algunos extremos, pero condicionó de hecho la solución a la cuestión territorial española. Y lo esencial de esa concepción se ha acogido en la Constitución vigente.

Por lo que concierne a la reforma constitucional, la fórmula recogida en la Constitución es formalmente de reserva absoluta a favor del parlamento estatal, cuya decisión puede —o debe, según las partes del texto a que afecte la reforma— ser sometida a referéndum (artículos 167 y 168 CE). En ninguno de los preceptos que regulan la reforma constitucional se prevé la participación de las comunidades autónomas, ni siquiera en el caso de que afecte a su organización y competencias. De manera que, de atenderse exclusivamente a la letra de aquellos artículos, el Estado podría acordar una reforma que cambiase radicalmente el régimen de las comunidades autónomas o que incluso lo suprimiera. Pero, salvo casos extremos de enfrentamientos, deslealtades, ingobernabilidad, levantamientos populares o supuestos equiparables de emergencias y desatinos, ¿puede ejercerse el poder de reforma constitucional sin la participación de las comunidades autónomas cuando el cambio afecte a la organización de sus poderes o a sus competencias exclusivas?

He recordado más atrás que, en contraste con la Constitución española de 1978, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 contiene algunas cláusulas de intangibilidad (también existen en otras constituciones europeas como la francesa o italiana) en la que el Tribunal Constitucional Federal ha ubicado el principio de perdurabilidad, como hemos de ver más adelante. Entre aquellas, hay una que proscribe cualquier reforma que afecte a la organización de Alemania en *länder*. El poder constituyente, que se utilizó para formular esa prohibición, puede condicionar el poder de reforma, que es derivado y limitable.

Sostengo que, aunque no expresada en nuestra Constitución (y no obstante la posibilidad de recogerla en una futura reforma), una limitación semejante del poder de reforma es también aplicable a los cambios en materia de organización territorial del Estado. Desde un punto de vista político y social, es incuestionable que tal clase de mudanzas no pueden acordarse de forma unilateral por el Estado por razón del gran conflicto que ocasionaría tal decisión. Desde una perspectiva jurídica más estricta, todos los estatutos de autonomía vigentes han dispuesto procedimientos de reforma que reservan la iniciativa al Gobierno y Parlamento de la respectiva comunidad autónoma. Reformar la Constitución de un modo que queden invalidados los estatutos supondría desconocer tales previsiones, establecidas, como antes he destacado, en el desarrollo de la función que la propia Constitución les encomienda.

La conclusión que puede extraerse de estas observaciones es que también en nuestra Constitución rige el principio de intangibilidad de la organización territorial del Estado. Si bien esta limitación no está recogida en el título alusivo a la reforma constitucional, debe considerarse que no todos los procedimientos y límites al poder de reforma figuran en los artículos 167 y 168 CE. Al menos hay otros dos *extra ordinem*: por una parte, la cláusula del artículo 93, que permite la transferencia a instituciones supranacionales de poderes derivados de la Constitución, decisión que se proyecta sobre el orden interno de reparto de competencias y ejercicio de los poderes; y, por otra,

la estructura autonómica del Estado, fijada en estatutos concebidos como normas rígidas que regulan los procedimientos específicos que deben usarse para cambiarlos.

Las consecuencias de esa rigidez pueden precisarse algo más. En primer lugar, el Estado no puede modificar o derogar un estatuto directamente. En segundo término, tampoco una reforma constitucional puede sustituir el régimen de autonomías territoriales por una organización del Estado de carácter incompatible. Una decisión de este tipo es un cambio de Constitución que exige una nueva utilización del poder constituyente. En tercer lugar, son posibles las reformas que indirectamente afecten a las competencias autonómicas, pero las que pretendan un cambio directo de las mismas deben tener lugar en procedimientos pactados que, al mismo tiempo, acometan reformas estatutarias. Y, en cuarto lugar, la intangibilidad de la estructura autonómica del Estado no es incompatible con las supresiones o fusiones de comunidades autónomas en concreto.

Todas estas consideraciones ponen en evidencia el carácter incompleto de la regulación de la reforma constitucional cuando afecta a la organización territorial del Estado o al régimen autonómico específico fijado en los estatutos de autonomía. A pesar de que que no ha aparecido hasta ahora en ninguno de los proyectos dados a conocer, entre los cambios a que debe someterse nuestra Constitución debería incluirse la reformulación de los procedimientos de reforma para recoger fórmulas implantadas en los Estados federales europeos que impiden su ejecución sin una razonable participación territorial en la decisión.

La rigidez de los estatutos frente a las reformas acordadas unilateralmente por el Estado garantiza la estabilidad de su contenido una vez que han sido aprobados. Si, además, se redujera o eliminara el poder de enmienda de las Cortes Generales, cuando estos textos se someten a su aprobación, sea inicialmente o con ocasión de reformas, las garantías de resistencia y estabilidad del estatuto como norma fundamental de cada comunidad se incrementarían hasta el límite de lo jurídicamente posible. Sería suficiente, en aquellos supuestos, que las Cortes otorgaran su aprobación, una vez comprobado que no contradice la Constitución, como ocurre en muchos sistemas federales. Tal restricción es muy fácil de implantar en relación con los contenidos orgánicos del estatuto y puede ser más complicada de aplicar a los aspectos competenciales en la medida que puedan afectar a las competencias constitucionales del Estado. Pero hay que avanzar en el estudio de las aludidas protecciones del texto estatutario por lo que puedan contribuir a estabilizar las reivindicaciones de mayor protección del autogobierno en comunidades como Cataluña.

No me cabe duda, sin embargo, de que profundizar en reformas como las indicadas puede conducir nuestro modelo de organización territorial, en general o en relación con los concretos territorios a los que afecten aquellas, a las características funcionales de los sistemas confederales

Añádase, en fin, como cierre de todas estas garantías de estabilidad que podrían eximirse los estatutos de control directo por el Tribunal Constitucional una vez aprobados por el parlamento territorial y por las Cortes Generales y sometidos a referéndum. No se trata de postular la no revisabilidad de estatutos, aunque sean inconstitucionales, sino de dar por suficiente un eventual control previo de inconstitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional sumado al control que ejercen las Cortes Generales, lo que, en suma, se compadece bien con la esencial función que estas normas cumplen para completar la Constitución misma de conformidad con sus encomiendas.

Por las razones que he expuesto en otros estudios sobre los problemas actuales del sistema de autonomías territoriales, creo que será preciso revisar la excesiva concentración de la justicia constitucional. Considerando que la justicia ordinaria está facultada para inaplicar

leyes contrarias al derecho de la Unión Europea, no hay en la actualidad fundamentos bastantes para mantener que no pueda hacerlo en circunstancias bien determinadas con leyes contrarias a la Constitución y sin perjuicio de plantear inmediatamente una cuestión de invalidez ante el Tribunal constitucional. Para ello resulta posible seguir el modelo de las cuestiones de legalidad que ya existen en nuestro procedimiento contencioso administrativo o recurrir a alternativas más perfeccionadas y adaptadas a las peculiaridades de la institución. Pero no hay argumentos de peso para seguir esquivando esta alternativa y perseverar en la desconfianza, la capacidad y la seriedad de la justicia ordinaria.

Tampoco existen mejores razones para no revisar la concentración del control de las leyes autonómicas en el Tribunal Constitucional. Baste aquí enunciar la idea, cuyo desarrollo me llevarían más lejos de lo que la línea argumental de este escrito permite.

En fin, la importante reclamación, sostenida por una amplia base de ciudadanos, de que se celebre en Cataluña un referéndum de autodeterminación, no es constitucionalmente inviable si se reconduce debidamente. Como he explicado en una obra aquí ya citada (Muñoz Machado, 2004), un referéndum limitado a aquel territorio para que los ciudadanos ratifiquen textos que modifiquen el Estatuto vigente cabe perfectamente dentro de las previsiones de la Constitución, está contemplado en el propio Estatuto y puede ofrecer una ocasión que el pueblo decida. No cabe, sin embargo, en la Constitución un referéndum en el que no se proponga el texto cuya ratificación se solicita o que implique un pronunciamiento que exceda de las facultades de los ciudadanos de un solo territorio. En este caso, el referéndum territorial tendría que simultanearse con otro de escala estatal en el que se sometiera a ratificación popular un cambio constitucional. Es esta la única manera que se me alcanza de validar propuestas de variación del *statu quo* de Cataluña de un modo legalmente correcto.

Adaptaciones constitucionales como las señaladas pueden permitir reconducir a una razonable disciplina constitucional la insatisfacción de una parte importante de la población catalana con el régimen estatutario que ha regido su autogobierno durante más de treinta y cinco años. Frente a ellas, el proyecto del catalanismo integrista y radical consistente en la secesión y la creación de un Estado nuevo con su propia constitución es inviable porque no la apoya una mayoría significativa de la población —tal y como reflejan las encuestas y los resultados de la elecciones— y, sobre todo, porque el Estado en el que ese territorio ha estado integrado durante siglos no estará dispuesto a consentir tamaña pérdida, de una gravedad extrema en el orden cultural, político, económico, social y jurídico tanto para Cataluña como para el resto del Estado. Ni siquiera en la hipótesis de que los mentores del proceso estuvieran dispuestos a recurrir a la violencia puede imaginarse que un propósito tan desmedido pudiera triunfar o ser amparado por ningún Estado en el ámbito de las naciones europeas o cualesquiera otra civilizadas.

La reclamación está enmarcada en un diseño que pretende para sí cierta modernidad (lo ocurrido en Quebec, en Kosovo y en Escocia en años pasados) y que incluso ha llegado a inspirar el desarrollo de doctrinas políticas tan poco en uso hasta ahora como la que defiende la superación del dogma de la indivisibilidad del Estado o la que sostiene la superioridad del independentismo democrático sobre la constitución establecida. Bajo esa apariencia de novedad, se esconde, en verdad, una construcción jurídica marginal y anticuada. Marginal porque, aunque presenta sus postulados como una doctrina elaborada y razonable a la que se aproximarán necesariamente las naciones de todo el mundo en un movimiento de superación de ideas políticas ancladas en el modelo westfaliano que ya es tiempo de renovar, proceden de planteamientos que ni las constituciones ni los tribunales supremos ni los programas políticos han asumido. No solo no es así con carácter general, sino que no ha ocurrido

en ninguna parte. ¿O es que hay algún Estado que haya aceptado la voluntaria fragmentación de su territorio en tiempos recientes y no bélicos? Ni siquiera el Tribunal Supremo de Canadá llegó, en su inspiradora decisión de 1998, a elevar a categoría la voluntad democrática de secesión de una parte del territorio tuviera un valor superior a la Constitución canadiense. Favoreció que esa voluntad pudiera expresarse y remitió a una negociación la posibilidad de una reforma constitucional que acogiese aquella aspiración, pero no hemos podido saber, dados los resultados negativos del referéndum, si habría llegado a acordarse.

Pretensión anticuada, sostengo también, porque además de apoyarse explícitamente en el deseo de recuperación de una historia perdida del territorio interesado, de unos tiempos dorados que fueron arrasados por sucesivos imperantes, ponen en juego valores que no tienen en la actualidad los mismos contenidos que tuvieron siglos atrás.

No deja de ser paradójica la mezcolanza, presente en las reclamaciones independentistas catalanas, entre el principio democrático —invocado para imponer la voluntad política de la mayoría territorial frente a una Constitución de la que se afirma que ha perdido la fuerza de vincular a las actuales generaciones porque fue aprobada hace casi cuarenta años— y la utilización de esa misma mayoría para reponer instituciones pertenecientes a una supuesta constitución histórica y estamental, por completo ajena a los valores del constitucionalismo actual, cuyos autores desaparecieron hace trescientos años.

El programa independentista persigue el reconocimiento de la soberanía nacional y atribuye a esta el significado de poder originario, único, irresistible, incondicionado e imprescriptible que ha dejado de tener hace lustros en los Estados europeos por el doble influjo de la europeización y el cosmopolitismo constitucional que se han impuesto irresistiblemente y la redistribución de potestades tradicionalmente asignadas en exclusiva al soberano, que han pasado a ser ejercidas en parte por diversos organizaciones políticas territoriales: como se sabe, unas operan dentro del Estado y otras lo hacen fuera.

La conclusión que me parece inevitable es que, considerando los obstáculos insalvables con que se enfrenta el proyecto soberanista, aun considerando la relativa obsolescencia del poder soberano en la actualidad, obligarán finalmente a seguir explorando la vía establecida en la Constitución de 1978 y a introducir en su texto las reformas que la práctica y el deseable perfeccionamiento del modelo recomiendan. Más aún si consideramos que el independentismo reclama fortalecer el Gobierno propio, pero sin perder los vínculos con España: en los informes sobre el proyecto independentista se prevé la creación de un Consejo catalano-español para atribuir a instancias de gobierno comunes el ejercicio de competencias decisivas de carácter monetario y financiero, fiscal, industrial y comercial, aduanero, en materia de infraestructuras, defensa, comunicaciones, etc.

Largo recorrido el ideado por el nacionalismo separatista para reponer, al final, formas de relaciones intergubernamentales que no son del todo desconocidas por las autonomías territoriales españolas… Quizá este retorno al punto de partida demuestre que, en materia de autodeterminación interna de los territorios que están integrados en un Estado democrático, los programas políticos que puedan idearse y los procedimientos que se elijan para realizarlos conducen a soluciones que tienden a reproducirse con características uniformes. Más aún considerando que el modelo autonómico español, amparado en la Constitución de 1978, puede llegar a adquirir, si se sigue ampliando el poder autonómico, los rasgos de una organización confederal.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, Benito (2015): «Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en Estados territorialmente complejos», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 22, 136-183.
JARIA i MANZANO, Jordi (2015): «La independència com a procés constituent. Consideracions constitucionals sobre la creación d'un Estat català», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 22, 184-218.
MUÑOZ MACHADO, Santiago (2014): *Cataluña y las demás Españas*, Barcelona: Crítica.

Fecha recepción: 16 de febrero de 2016
Fecha aceptación: 16 de mayo de 2016

CATALUÑA Y LA POSIBILIDAD DE LA SECESIÓN
CATALONIA AND THE POSSIBILITY OF SECESSION

Héctor López Bofill

Profesor agregado de Derecho constitucional
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

RESUMEN

El artículo analiza la demanda de secesión planteada por las instituciones catalanas durante los últimos años en el marco del sistema constitucional español. El autor expone los límites constitucionales al reto secesionista y ofrece una perspectiva comparada de procesos de secesión centrada en contextos liberal democráticos. El artículo concluye perfilando una teoría sobre la secesión en un marco democrático y de rigidez constitucional con el trasfondo de las últimas evoluciones sobre cuestiones relativas a la creación de Estados en Derecho internacional público. Finalmente, se perfila una propuesta de reforma constitucional en un sentido de reconocimiento plurinacional como alternativa a la secesión.

PALABRAS CLAVE

Constitución, Secesión, Cataluña, España, Democracia, Reforma constitucional, Derecho Internacional Público

ABSTRACT

The article analyses the secessionist demand raised by the Catalan institutions in recent years within the Spanish Constitutional framework. The author describes the Spanish constitutional barriers to the secessionist challenge and offers a comparative insight on the secessionist procedures that have took place in liberal democracies. The article concludes outlining a theory on the secession in a scenario of democracy and constitutional rigidity with the background of the recent transformations in International Public Law regarding the creation of new States. In the end, a proposal on a constitutional amendment concerning the multinational accommodation in Spain is suggested.

KEY WORDS

Constitution, Secession, Catalonia, Spain, Democracy, Constitutional amendment, International Public Law

CATALUÑA Y LA POSIBILIDAD DE LA SECESIÓN

Héctor López Bofill
Profesor agregado de Derecho constitucional
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

1. LA SECESIÓN DE CATALUÑA Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

A diferencia de otras estructuras constitucionales de Estados liberal democráticos que han debido enfrentarse a movimientos de secesión dentro de sus fronteras —Reino Unido en relación con Escocia o Canadá en relación con Quebec—, el sistema constitucional español, a través de sus autoridades interpretativas y de los principales agentes políticos centrales, no ha sabido ofrecer una solución negociada o razonable que, al menos, permitiese conocer de forma cierta el calibre de la reivindicación secesionista planteada en los últimos años desde Cataluña y definiese marcos de actuación en el caso de que la demanda de constitución de un Estado independiente contase con un amplio respaldo entre la población de dicho territorio (Bossacoma y López Bofill, 2016: 107-108).

Las instancias políticas y jurídicas del Estado español han rechazado completamente la apertura del debate sobre la posibilidad de escisión de una de las actuales Comunidades Autónomas y se han aferrado a una estricta interpretación de la norma constitucional que, de forma principal, se ha proyectado en la negativa del sistema a permitir la celebración de un referéndum de secesión en Cataluña. Este ha sido el último capítulo dentro de la evolución de las relaciones políticas entre Cataluña y España, enzarzadas en la imposibilidad de encontrar soluciones de acomodo de la realidad nacional catalana en el contexto de la democracia española. Por decirlo en términos anglosajones, con el telón de fondo de las ya citadas democracias plurinacionales como Canadá o Reino Unido, el bloqueo del modelo constitucional español a toda iniciativa que ponga en cuestión «la indisoluble unidad de la Nación española» representa un nuevo fracaso en las perspectivas de *multinational accommodation* (sobre dicho concepto, Lluch, 2014: 1-18), que en el caso catalán empezaron a verse defraudadas de forma notoria a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. Como es sabido, en dicha resolución, y a través de distintas declaraciones de inconstitucionalidad y de decisiones interpretativas, fueron invalidados los aspectos fundamentales de una reforma que perseguía, en esencia, un mayor reconocimiento de la identidad singular catalana, una mayor garantía de los espacios competenciales atribuidos a la Generalitat frente a invasiones

de la normativa estatal y un incremento de recursos financieros.

Como resultado de esta escalada de desencuentros y de expectativas frustradas —primero, la no obtención de mayores cotas de autogobierno y de recursos dentro del modelo autonómico (fracaso de la reforma estatutaria y bloqueo de la reforma de la propuesta de financiación planteada por el Gobierno catalán entre 2010 y 2012, conocida como «pacto fiscal»), y, después, la imposibilidad de encontrar un ámbito de negociación ante la demanda de celebración de un referéndum sobre la independencia—, en las elecciones al Parlamento de Cataluña de 27 de septiembre de 2015 las fuerzas que apoyaron un proyecto de secesión unilateral mediante ruptura del marco constitucional español (la coalición *Junts pel Sí* y la *Candidatura de Unitat Popular*) obtuvieron 1.957.348 votos y el 47,7 % de los sufragios emitidos, lo que significó la mayoría absoluta del Parlamento catalán: 72 escaños de los 135 que componen la Cámara.

Cabe destacar que ningún movimiento independentista de entre las fuerzas políticas partidarias de la secesión en cualquier comunidad nacional sin Estado de las democracias del mundo occidental ha obtenido en la historia reciente el apoyo mayoritario que recibieron *Junts pel Sí* y la *CUP* el 27 de septiembre de 2015. Así, por ejemplo, el Partido Nacional Escocés ganó las elecciones en el Parlamento de Escocia celebradas en 2011 con mayoría absoluta de escaños en la cámara y el 44 % de los sufragios emitidos. Por su parte, el *Parti Québécois* logró en 1994 un porcentaje similar en las elecciones a la Asamblea Nacional de Quebec: el 44,75 % del voto popular. En ambos casos, el éxito de las opciones independentistas condujo a la celebración de referéndums de soberanía, en el caso de Escocia mediante pacto con el Gobierno británico. Nótese que, a diferencia de Cataluña, ni en Escocia ni en Quebec el proyecto político de las fuerzas vencedoras consistía en una ruptura unilateral. En concreto, la victoria del Partido Nacional Escocés en 2011 se fundó en la promesa de celebración de un referéndum de independencia. Si evaluamos los resultados obtenidos en Cataluña a la luz de la demanda de organización de una consulta secesionista, al porcentaje de votos obtenido por el independentismo deberían sumarse los votos obtenidos por la coalición *Catalunya Sí que es Pot*, que concurrió a la cita electoral con dicha consulta acordada con el Estado en su programa electoral (8,94 % del voto popular), lo que elevaría el porcentaje de apoyos en voto popular a una opción de momento negada por el sistema constitucional español (esto es, el referéndum de secesión) al 56,6 % de los sufragios emitidos.

Sin entrar a discutir la legitimidad que pueden conferir los mencionados casi dos millones de votos (y el 47,7 % de los sufragios emitidos) obtenidos por *Junts pel Sí* y la CUP para proceder a la secesión unilateral, lo cierto es que un resultado electoral de estas dimensiones certifica la crisis del modelo autonómico derivado de la Constitución de 1978 como fórmula de solución de conflictos territoriales y como instrumento de gestión de la plurinacionalidad. El sistema es difícilmente sostenible cuando casi la mitad del electorado vota opciones de ruptura. No parece que semejante diagnóstico pueda ser refutado alegando que, en efecto, en las elecciones al Parlamento de Cataluña de septiembre de 2015 las fuerzas independentistas no rebasaron el umbral del 50 % de los votos emitidos, ya que, aunque lo hubiesen hecho, cosa no descartable por otra parte en el futuro, el aparato constitucional español hubiese continuado sin ofrecer ninguna respuesta a una demanda de independencia apoyada por una gran mayoría de la ciudadanía catalana.

Como es sabido, aunque la opción secesionista lograse hipotéticamente ascender a cotas superiores al 50 % de los votos emitidos en Cataluña, según la interpretación de las normas constitucionales que profesa el Tribunal Constitucional español la decisión final sobre este envite solo puede corresponder al titular de la soberanía, esto es, al pueblo español en su conjunto constituido en nación española,

decisión cuyo único cauce de expresión sería la reforma constitucional por el procedimiento agravado del artículo 168 CE (entre otras, SSTC 103/2008, de 11 de septiembre; 42/2014, de 25 de marzo; 31/2015, de 25 de febrero; 32/2015, de 25 de febrero; 137/2015, de 11 de junio; 138/2015, de 11 de junio y 259/2015, de 2 de diciembre); un comentario sobre la STC 42/2014, de 25 de marzo se encuentra en Fossas (2014: 273-300) y en Ferreres (2014: 571-590). Para ser precisos, según la citada jurisprudencia constitucional la reforma *ex* artículo 168 CE sería necesaria no solo para proceder a la partición, sino incluso en una fase previa: para autorizar un referéndum de secesión en Cataluña. Así, la posibilidad de que el pueblo catalán se expresara sobre la voluntad de constituir un Estado soberano requeriría previamente el pronunciamiento del pueblo español en su conjunto tanto en las elecciones previstas en el procedimiento de reforma entre la primera aprobación del proyecto por parte de las Cortes Generales y la ratificación de dicha decisión por las Cortes Generales resultantes de la convocatoria electoral como en el referéndum final de ratificación (Bossacoma y López Bofill, 2016: 112-113). La sujeción establecida por la Constitución española de cualquier mayoría favorable a la secesión en Cataluña, por calificada que esta sea, al consentimiento de una mayoría de la ciudadanía española choca con la casi totalidad de experiencias de secesión experimentadas desde la aparición del Estado Constitucional hasta nuestros días, en las que no se ha condicionado la decisión de la comunidad política que pretende acceder a la plena soberanía a la voluntad de la mayoría del Estado del que se separa (Bossacoma, 2015: 364-366 y 424-425). Más concretamente, la fórmula constitucional española contrasta con los intentos de separación registrados en democracias liberales como los citados casos de Quebec y Escocia, en los que se ha admitido la legitimidad de la decisión mayoritaria de la comunidad política que plantea la demanda de independencia. Y, en fin, al colocar una barrera de legitimidad de tan difícil consecución como es la aceptación de la secesión por parte de la mayoría de la ciudadanía española expresada en el proceso de reforma constitucional, se está admitiendo implícitamente la ineficacia del sistema constitucional español en el supuesto de que el independentismo catalán logre convocar un apoyo muy mayoritario a su proyecto y se abra la puerta al sistema de legitimidad proporcionado por el Derecho internacional público que, en síntesis, gira alrededor de la institución del reconocimiento asociada a aspectos más cercanos al principio de efectividad que al principio democrático. Si se niega legitimidad a las fuerzas independentistas catalanas que lograron la mayoría absoluta de escaños en las elecciones de 2015 porque no alcanzaron el 50 % de los votos emitidos, ¿quiere esto decir que en el supuesto que algún día rebasasen dicho umbral la respuesta del sistema constitucional español variaría? ¿O más bien supone resignarse a que las normas constitucionales acaben siendo desbordadas por la dinámica de los hechos y por la apertura de la demanda catalana al reconocimiento internacional según Derecho internacional público? Sea como fuere, el modelo constitucional español respecto al tema de la secesión planteado desde Cataluña ofrece, de momento, el caso singular de un movimiento independentista que cuenta con un gran apoyo entre la comunidad nacional afectada en el contexto de un Estado liberal democrático y que, pese a dicha condición, no contempla la posibilidad de solución negociada (y/o razonable) al reto mediante un referéndum porque se fundamenta en una estructura constitucional muy rígida para abordar este tipo de conflictos.

En otro sentido, la expresión de casi dos millones de votos favorables a la secesión unilateral hace muy difícil que prospere cualquier reforma constitucional concebida para reducir el apoyo popular al independentismo mediante el reconocimiento de mayor autogobierno para Cataluña. El apoyo masivo al proyecto secesionista, aunque pueda ser insuficiente para culminar el proceso de ruptura unilateral, difícilmente menguará ante una propuesta

de reforma constitucional que suponga una mejora gradual de poder político, de reconocimiento nacional y de recursos para Cataluña (no digamos una reforma constitucional que acentúe la deriva centralista perfilada desde las instituciones del Estado a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la reforma del Estatuto catalán). Una modificación constitucional que no tenga el apoyo de las fuerzas políticas catalanas en este momento nítidamente partidarias de un Estado soberano catalán (lo que supondría, de hecho, la renuncia al proyecto soberanista a favor de una idea de descentralización con mayores cotas de poder político y de financiación dentro del orden constitucional español) correría el riesgo de ser rechazada en un hipotético referéndum de reforma constitucional en Cataluña, lo que erosionaría, tal vez de forma definitiva, la legitimidad del sistema constitucional en dicho territorio, habida cuenta del apoyo mayoritario que obtuvo la norma fundamental en el referéndum de 6 de diciembre del año de 1978. Ante un rechazo actual de una reforma de la Constitución española, difícilmente se podría alegar por parte de las autoridades centrales que Cataluña ha aceptado el régimen constitucional vigente, como todavía puede argumentarse que lo hizo durante la transición.

En resumen, el debate abierto entre la demanda secesionista catalana y el Estado español en términos constitucionales se caracteriza por los siguientes rasgos, que, considerados en conjunto, arrojan una ausencia de antecedentes en el Derecho comparado:

1) La demanda independentista catalana se expresa en términos democráticos y pacíficos en el contexto de una democracia liberal;

2) El sistema constitucional del Estado matriz es pétreo a la hora de admitir la legitimidad de una votación sobre la secesión limitada a la participación de los miembros de la comunidad nacional que reivindica la secesión. La posibilidad de plantear la secesión de una parte del territorio español solo es posible mediante reforma constitucional a través del procedimiento agravado (168 CE), lo que implica participación y consentimiento del pueblo español en su conjunto;

3) La ausencia de flexibilidad del sistema constitucional ante una demanda secesionista muy mayoritaria en la sociedad del territorio afectado abre la puerta a un modelo de ruptura constitucional que deja la cuestión en manos del principio de efectividad (sobre dicho principio, Kelsen, 1995: 262), de la confluencia de intereses geopolíticos de distintos actores internacionales y de la legitimidad conferida por el Derecho internacional (sobre la institución del reconocimiento internacional, Díez de Velasco, 2013: 284-287); y

4) Las alternativas de reforma constitucional sin alterar los aspectos de titularidad de soberanía encuentran pocas posibilidades de prosperar en el territorio que pretende la secesión y no se vislumbran, pues, como alternativa real a la solución del conflicto.

2. SECESIÓN Y ESTADOS LIBERAL DEMOCRÁTICOS

Lo cierto es que difícilmente pueden apreciarse ejemplos de secesiones llevadas a cabo en el marco de un Estado liberal democrático. La definición de un procedimiento de secesión concretado «en condiciones estrictamente democráticas» al menos comprendería los siguientes parámetros:

1) La secesión debe producirse en ausencia total de coacciones, esto es, exige la inexistencia completa de violencia en ningún período anterior, coetáneo o posterior a la secesión;

2) La decisión sobre la constitución de un nuevo Estado debe fundarse en la participación política de la ciudadanía, al menos en el territorio concernido por la demanda de secesión, a través de un referéndum o de elecciones parlamentarias en las que las opciones secesionistas obtengan una mayoría clara; y

3) La decisión sobre la soberanía se produce en un marco de estabilidad institucional y conforme a las estructuras constitucionales y legales preexistentes.

Como hemos afirmado, las dos únicas experiencias capaces de satisfacer estos requisitos (Quebec respecto a Canadá y Escocia respecto a Reino Unido) son ejemplos de secesiones fallidas en las que los respectivos movimientos independentistas no obtuvieron la mayoría en un referéndum de soberanía (referéndum ambiguo sobre la soberanía y unilateral en Quebec, celebrado el 30 de octubre de 1995, referéndum claro sobre la independencia y negociado en el caso Escocés celebrado el 18 de septiembre de 2014). Puede pensarse, como ha sugerido algún autor (Dion, 1996: 269-283), que es difícil que se consumen las secesiones en contextos democráticos, ya que un marco de este tipo permite integrar con mayor eficacia las demandas derivadas del pluralismo nacional. Así, si los movimientos independentistas fracasan en la obtención de la mayoría en un referéndum de secesión celebrado en un Estado de carácter liberal democrático, ello podría ser debido a que una mayoría de los miembros de esta comunidad nacional entiende que la misma encuentra o puede llegar a encontrar una *accommodation* razonable en el seno del Estado matriz, o que, a su vez, no tiene la suficiente confianza en el proyecto secesionista porque percibe que los costes de la secesión pueden ser excesivamente elevados y/o que el temor al Estado matriz no es suficiente para asumir las incertidumbres y los costes en cuestión (Bossacoma, 2015: 291-296). En este sentido, incluso puede plantearse como hipótesis que, en aquellos casos en los que el movimiento independentista se encuentra muy arraigado y cuenta con muchos apoyos en determinadas comunidades nacionales, la mera posibilidad de celebrar un referéndum de soberanía al menos consentido por las autoridades centrales ya es una expresión de *accommodation* en relación con lo que supone de reconocimiento y de capacidad de decisión en el seno de la comunidad nacional concernida, de derechos de participación política de su ciudadanía y, de forma indirecta, de reconocimiento de atributos de soberanía, en la medida en que se visualiza plenamente la libre decisión del pueblo afectado de mantener sus vínculos con el Estado. Con todo, no nos corresponde ahora analizar las causas que explican el rechazo a la constitución de un nuevo Estado en aquellos ámbitos de democracias pluralistas cuyo marco constitucional ha permitido una clara expresión de la cuestión, sino solo describir las dificultades para hallar referentes de procesos de independencia habidos bajo las condiciones arriba estipuladas.

También resulta problemático identificar algunas experiencias pasadas como ejemplos de secesiones adoptadas bajo parámetros estrictamente democráticos. El caso más emblemático al que se suele recurrir es el de la separación de Noruega de Suecia en 1905 (Young, 1994*b*: 776-778; Lindgren, 1959; Bossacoma, 2015: 411-412). En efecto, la experiencia noruega cumpliría el requisito de ser una independencia sin rasgos de violencia, ya que, por una parte, la decisión sobre la separación se llevó a cabo mediante referéndum y, por otra, la constitución de la nueva entidad estatal respetó el marco legal preexistente. Sin embargo, cabe recordar que la unión entre Suecia y Noruega anterior a 1905 era, esencialmente, una unión monárquica, de modo que las instituciones compartidas por ambos territorios se limitaban prácticamente a la Corona, a la representación exterior y a algunos aspectos de política económica; además, Noruega contaba con ciertos atributos de soberanía. El encuadre del caso noruego, por tanto, era muy diferente al de un Estado moderno, incluso al de un Estado federal moderno o territorialmente descentralizado y, salvando las distancias derivadas del carácter liberal democrático que presentaba la unión sueco-noruega, mantenía más bien una analogía con las uniones monárquicas (o uniones personales en la figura del monarca) del Antiguo Régimen, como la existente entre la Corona de Aragón y Cataluña y la Corona de Castilla antes de 1714 (estos es, antes de la su-

presión de los fueros y los Decretos de Nueva Planta en los inicios del siglo XVIII).

En el ámbito de la Europa Occidental también podría mencionarse la separación de Islandia de Dinamarca (Hálfdanarson, 2006: 237-254; Bossacoma, 2015: 412-413), producida mediante el referéndum que se celebró entre el 20 y el 23 de mayo de 1944. Sin embargo, en este caso la cuestión de la violencia no se encuentra del todo ausente: la secesión islandesa pudo llevarse a cabo porque el estado matriz, Dinamarca, se encontraba ocupado por Alemania en el contexto de la Segunda Guerra Mundial. El referéndum de independencia se organizó con el trasfondo de la presencia de una gran cantidad de tropas aliadas acantonadas en Islandia en el tránsito de preparación del llamado desembarco de Normandía. Además del hecho que Dinamarca ya había perdido la soberanía *de facto* sobre Islandia, es destacable que se trataba de una unión monárquica similar a la de Suecia y Noruega. Finalmente, no es baladí resaltar el hecho insular islandés y la distancia con la metrópoli danesa, puesto que ambos elementos fácticos han sido relevantes para determinar cómo la política y el Derecho internacional han tratado el fenómeno secesionista.

Tampoco pueden considerarse secesiones marcadas por un procedimiento estrictamente democrático como el que hemos definido las independencias acaecidas en la Europa del Este durante los años noventa y dos mil, ya que, sin contar con la violencia de baja o de alta intensidad presente en muchos de estos procesos derivados del colapso de la Unión Soviética y del bloque comunista, difícilmente puede entenderse que las respectivas decisiones de acceso a la soberanía se sucedieran en un contexto de estabilidad institucional y de respeto al marco legal preexistente. Ello no sería predicable ni siquiera de uno de los movimientos de fronteras más pacíficos de la región, a saber, la separación de las Repúblicas checa y eslovaca consumada en 1993 (Cox y Frankland, 1995: 71-88; Stein, 1997; Young, 1994*a*). Sobre dicha experiencia, además de tratarse de un caso de disolución de una federación mediante la separación de sus dos miembros y no estrictamente de una secesión de una parte del territorio de un Estado (Bossacoma, 2015: 37-38, 413-414), huelga señalar que tampoco satisface plenamente los estándares democráticos si tenemos en cuenta que en las primeras elecciones libres celebradas en Checoslovaquia, que supusieron la constitución de los respectivos parlamentos de las dos entidades federadas, la partición no estructuró en ningún momento la campaña electoral. El cuerpo electoral no tuvo, pues, la oportunidad de pronunciarse ni siquiera indirectamente sobre la cuestión de la independencia de cada una de las entidades que componían la federación. Tampoco se celebró el referéndum secesionista previsto en el sistema constitucional checoslovaco, que habría legitimado la transformación constitucional mediante mayorías democráticas en las respectivas sociedades (Sáiz Arnáiz, 2006-2007: 35; Massa, 1995: 183).

Asimismo, no resulta pertinente traer a colación como ejemplos de independencias consolidadas mediante procedimientos estrictamente democráticos los casos de Montenegro o de Kosovo, si tenemos en cuenta que ambas situaciones derivan de la desintegración de la Federación de Repúblicas Socialistas Yugoslavas y de los regímenes comunistas en Europa del Este en general, lo que difícilmente permite colegir que dichas secesiones se produjeron en un contexto de estabilidad institucional, pese a que el caso de Montenegro es de los pocos en los que la secesión sí estaba prevista en el marco constitucional previo de la unión de Serbia y Montenegro de 2003 (López Bofill, 2010: 489-490; Bossacoma, 2015: 268, 414-415). En el caso de Kosovo, cabe recordar que, si bien el tramo final de la secesión presenta un indudable carácter democrático —y, de hecho, participa, como veremos, de algunas propiedades relativas a la gestión de procesos independentistas en el supuesto de existencia de una gran mayoría favorable a la secesión en un marco constitucional de imposible reforma, (López Bofill, 2010: 490-492)—, no puede ol-

vidarse que la declaración de independencia de los representantes democráticos de Kosovo en 2008 culminó una cadena de acontecimientos impulsados por un conflicto extremadamente violento en 1999 que precipitó la intervención de la OTAN y la creación de un protectorado internacional bajo los auspicios de Naciones Unidas (sobre el conflicto de Kosovo en 1999, *vid.* Schnabel y Ramesh (2000)).

Es, en fin, esa ausencia de referentes de procesos de secesión desarrollados en contextos liberal democráticos consolidados lo que lleva a los movimientos independentistas de algunas comunidades nacionales sin Estado del mundo Occidental a encontrar vías de legitimación fundadas en la emergencia de una voluntad democrática expresada en una amplia mayoría ciudadana sin necesidad de invocar argumentos asociados a la reparación de agravios pasados como consecuencia de un conflicto violento o de ampararse en la lógica del principio de efectividad y la doctrina de los hechos consumados. En otro sentido, la construcción de un discurso de legitimación independentista basado en el principio democrático se aparta igualmente de los precedentes trazados con la invocación del derecho a la autodeterminación de los pueblos, cuya definición acotada en Derecho internacional público a supuestos de vulneraciones masivas de derechos humanos y a territorios separados del Estado matriz impide que pueda ser asumido por naciones territorialmente colindantes con la comunidad política de la que se pretende la separación y vinculadas por un marco constitucional respetuoso con los derechos de libertad y de participación política (Bossacoma y López Bofill, 2016: 109-110). Este desarrollo del discurso sobre la secesión fundado en la voluntad democrática en el seno de sociedades liberales (que, básicamente, parece defender que, si la democracia implica decidir por mayoría sobre cualquier asunto que afecte a la colectividad, dicha capacidad de decisión también debe comprender la discusión sobre el propio marco estatal en el que se desarrolla esta vida en común) es lo que ha venido pergeñándose, al menos desde la experiencia del intento de secesión del Quebec en 1995, bajo el ambiguo paraguas del llamado «derecho a decidir» (Bossacoma y López Bofill, 2016: 110), que incluso el mismo Tribunal Constitucional español pareció asumir en la citada STC 42/2014, de 25 de marzo (FJ 3) al interpretar dicho «derecho» como «una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional», esto es, cuya «consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución» (STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4).

Ello no obstante, y como ya hemos señalado, si en el caso quebequés o en el caso escocés el marco constitucional no era un obstáculo para la expresión de este «derecho a decidir», en el caso español la jurisprudencia constitucional ha ido aclarando que la mera manifestación de una mayoría favorable en Cataluña a la plena soberanía requiere una reforma constitucional y la aprobación del pueblo español en su conjunto, una aproximación que contrasta, insistimos, con el siguiente párrafo de la célebre opinión consultiva de la Corte Suprema de Canadá en torno a la secesión de Quebec, de 20 de agosto de 1998:

«La Constitución no es una camisa de fuerza […]. Nuestras instituciones democráticas se adaptan necesariamente a un continuo proceso de discusión y de evolución, que se encuentra expresado en el Derecho constitucional de cada miembro de la Federación a iniciar la reforma constitucional. Este derecho conlleva el deber recíproco sobre el resto de miembros de implicarse en el debate y de proponer cualquier iniciativa legítima que pretenda un cambio en el orden constitucional. Siendo cierto que determinados intentos recientes de reforma constitucional no se han consolidado, en el caso de que una mayoría clara de la ciudadanía de Quebec votase a favor de la secesión en respuesta a una pregunta clara ello conferiría una legitimidad a la iniciativa de secesión que el resto de miembros de la Confederación debe-

rían reconocer» (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, párrafo 150)

En verdad, el marco constitucional canadiense no fue «una camisa de fuerza», por utilizar las mismas palabras empleadas por la Corte Suprema, que impidiese el voto de la ciudadanía de Quebec, aunque en el referéndum de 1995 no se entendiese que se daba respuesta a una pregunta clara. En contraste, el Tribunal Constitucional español sí que interpreta la norma suprema en su dimensión más restrictiva cuando prohíbe cualquier voto que ponga en cuestión la unidad de la nación española y la titularidad de la soberanía sin previa reforma constitucional en la que debe pronunciarse el conjunto del pueblo español (en este sentido, *vid.* Bossacoma y López Bofill, 2016: 131). Puede interpretarse así que, en un estado plurinacional, la nación mayoritaria cuenta con un derecho de veto para impedir cualquier transformación constitucional planteada desde una de las naciones minoritarias, bloqueo que, si bien puede ajustarse plenamente a la noción de ejercicio democrático en un Estado de Derecho encabezado por una norma constitucional, difícilmente permite gestionar mediante el principio democrático los conflictos sobre la soberanía derivados de la existencia de una pluralidad nacional. Situar el marco de decisión en el conjunto de la ciudadanía del Estado matriz significa poner un obstáculo prácticamente insalvable para que un *demos* pueda afirmarse, en la medida en que su voluntad sobre la asunción o no de atributos soberanos se encuentra sujeta al consentimiento de un *demos* mayor (Bossacoma y López Bofill, 2016: 113 y 129). En términos de regulación constitucional, dicha circunstancia se encuentra expresada en una estructura de reforma ultrarígida, cercana a lo que la Corte Suprema canadiense definía como «camisa de fuerza», con el riesgo, como a apuntaba Dicey (Dicey, 1960: 128-137), de que una Constitución que difíciculte o prácticamente imposibilite la reforma acabe siendo desbordada por la presión de los hechos; en el caso del envite planteado por Cataluña, por una expresión muy mayoritaria de su ciudadanía.

3. REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA Y TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL

Ciertamente, el discurso sobre el cambio constitucional derivado de una movilización democrática sostenida en el tiempo en contextos de rigidez de la norma fundamental del Estado no es ajeno a la teoría de la Constitución. Tal vez una de las propuestas más célebres en este sentido se encuentra configurada en el esquema sobre las revoluciones constitucionales planteado por Bruce Ackerman (1991); sobre la tesis de Ackerman aplicada a los procesos de secesión, *vid.* Bossacoma (2015: 440-444) y Bossacoma y López Bofill (2016: 135-139). En el estudio de la evolución de la Constitución de los Estados Unidos de América, Ackerman destaca la presencia de momentos de extraordinaria movilización, deliberación y participación popular de los que deriva una transformación constitucional que desborda los procedimientos formales de reforma. Precisamente, el carácter supermayoritario de la movilización popular sostenido en el tiempo y expresado a través de una deliberación pública en un marco de máxima participación política confiere legitimidad al cambio constitucional, hasta el punto de que son las normas emanadas de estos momentos constitucionales las que definen el orden constitucional y se encuentran revestidas de supremacía normativa (Ackerman, 1991: 6-7). En este sentido se perfila la narración ackermaniana de la historia constitucional, caracterizada por un dualismo en el que dichos momentos de máxima efervescencia política configuran las reglas superiores del sistema que se imponen al tiempo gestionado por la política ordinaria, en el que la mayoría de los ciudadanos se recluye en su privacidad y cede los asuntos políticos a los representantes (Ackerman, 1991: 266-294).

Pues bien, proyectada dicha teoría a la cuestión de la secesión y de las excesivas barreras constitucionales que impiden la expresión de una gran movilización democrática, podría argumentarse que, incluso en escenarios de gran rigidez constitucional (de intensa sujeción de la decisión sobre la reforma constitucional al consentimiento del *demos* mayoritario en el Estado), una persistente voluntad mayoritaria canalizada mediante una participación excepcional y en un entorno de intensa deliberación sería susceptible de justificar la transformación constitucional más allá de las estructuras formales de reforma (en términos de un proceso de secesión, una persistente voluntad mayoritaria del *demos* de una nación minoritaria dentro de un Estado de constituirse en sujeto soberano estaría en condiciones de legitimar una ruptura con la constitución del Estado matriz y la creación de una nueva entidad soberana). De esta forma, si bien es cierto que en el Estado Constitucional la democracia se ejerce mediante los procedimientos previstos por las normas constitucionales (así, por ejemplo, STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 5: «En el Estado social y democrático de Derecho configurado por la Constitución de 1978 no cabe contraponer legitimidad democrática y legalidad constitucional en detrimento de la segunda: la legitimidad de una actuación o política del poder público consiste básicamente en su conformidad a la Constitución y al ordenamiento jurídico»), puede defenderse que esta idea, especialmente en contextos plurinacionales, tendría su excepción en el caso de una extraordinaria movilización democrática y en un escenario deliberativo igualmente excepcional en el que la decisión que expresase de forma genuina la voluntad popular prevalecería sobre las limitaciones constitucionales. De hecho, podría interpretarse que, ante el reto de la secesión, los estrictos obstáculos a la reforma constitucional representan una fórmula para trasladar a los movimientos independentistas la carga de la prueba de demostrar que su pretensión se encuentra respaldada por una supermayoría sostenida en el tiempo y no depende solo de una efervescencia coyuntural (Bossacoma y López Bofill, 2016: 136). En este sentido, el planteamiento aquí esbozado no deja de confirmar la intuición de que a una demanda de independencia expresada democráticamente de forma masiva en la comunidad política que reclama la secesión, y siempre que sea sostenida en el tiempo, no hay norma constitucional que la pare. En definitiva, por utilizar la expresión invocada en el preámbulo de la Constitución Federal de EEUU —por cierto, también aprobada en ruptura del marco constitucional configurado por los artículos de la Confederación, *vid.* Beard (1964: 218) y Bossacoma (2015: 278-280)—, ante la emergencia del *We the people* (la movilización popular democrática y supermayoritaria que se arroga el poder constituyente) no hay limitación constitucional que valga.

Dicha capacidad de desbordar el marco constitucional como consecuencia de una máxima movilización democrática en el contexto de procesos de secesión ha encontrado un cierto eco en el Derecho internacional público a partir de la opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo de 22 de julio de 2010. Pese al carácter restrictivo del alcance de la opinión consultiva expresamente limitada por el Tribunal Internacional a enjuiciar la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo, en dicha resolución parece vislumbrarse una tentativa de examinar el fenómeno de la secesión desde la perspectiva del Derecho internacional público más allá del principio de efectividad (Bossacoma, 2015: 237-238). Las consideraciones emitidas en la citada opinión consultiva no ocultan, como hemos apuntado, que los orígenes inmediatos del proceso kosovar arraigan en un conflicto de alta intensidad y en una intervención militar promovida por la OTAN, concretada en el bombardeo continuo en la primavera de 1999 contra objetivos yugoslavos, que posibilitó la retirada de las fuerzas serbias en el territorio de Kosovo y la creación de un protectorado internacional bajo la tutela de Naciones

Unidas. En estas condiciones, puede afirmarse que el principio de efectividad y el origen de una entidad política soberana en actos de fuerza se mantendrían también en el caso que nos ocupa. Sin embargo, lo interesante de la cuestión kosovar es que, nueve años después de la guerra, el acceso final a la independencia se produjo a través de un proceso de movilización democrática expresado en unas elecciones al Parlamento kosovar (17 de noviembre de 2007) en las que los partidos que se comprometieron a declarar la independencia lograron una amplia mayoría y, a la vista del bloqueo de las negociaciones para llegar a acordar el estatuto final de la región con Serbia, actuaron en consecuencia mediante la declaración de 17 de febrero de 2008. Posteriormente, la Asamblea General de Naciones Unidas, a petición de Serbia, solicitó la opinión consultiva al Tribunal Internacional de Justicia sobre la conformidad de la Declaración de Independencia de Kosovo a la legalidad internacional, dictamen que el Tribunal emitió en julio de 2010. En este dictamen parecen concretarse condiciones de reconocimiento internacional de una nueva estatalidad en el caso de secesiones unilaterales contrarias al marco constitucional del Estado matriz —(Bossacoma, 2015: 19 y 234-241; López Bofill, 2010: 490), aunque la opinión consultiva del TIJ analizó la declaración de independencia de los representantes del pueblo kosovar como gesto de ruptura en relación con el marco constitucional establecido por la resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999), lo cierto es que el quebranto de las normas constitucionales referidas al territorio en disputa se produjo asimismo en relación con la Constitución de la República de Serbia de 2006, en cuyo preámbulo se declara la pertenencia de la provincia de Kosovo al Estado Serbio—.

En esencia, la opinión del TIJ estableció que, en principio, las declaraciones de independencia no han sido reconocidas como contrarias a Derecho internacional (párrafo 79) y, en aquellos casos en los cuales específicas declaraciones de independencia habían sido condenadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (Rodesia del Sur, Norte de Chipre o República Srpska), la contradicción con el orden internacional se había producido como consecuencia del uso de la fuerza y de la violencia que acompañaron a dichas declaraciones (párrafo 81), circunstancia ausente en el caso de Kosovo, cuyo gesto de soberanía se había materializado en un proceso democrático tras la celebración de unas elecciones libres. Así pues, el Derecho internacional no contiene prohibiciones generales contrarias a las declaraciones de independencia (párrafo 84), y parece que estas se ajustan a Derecho siempre que se produzcan de forma pacífica y democrática (López Bofill, 2010: 491). Un dato relevante que el TIJ asume en el razonamiento que confirma el ajuste al Derecho internacional de la declaración de independencia de Kosovo es el del bloqueo de las negociaciones por parte de Serbia para alcanzar un acuerdo sobre el estatus definitivo de la región, según se desprende del informe del enviado de Naciones Unidas en Kosovo, Martti Ahtisaari. La independencia, en este sentido, se percibe como la única solución posible ante el fracaso reiterado y prolongado de las negociaciones con Serbia (Bossacoma y López Bofill, 2016: 110). Sobre este último punto, en conexión con la situación catalana, cabría preguntarse si la negativa persistente de las instituciones centrales españolas no solo a negociar distintos aspectos vinculados a la secesión (por ejemplo, a través del reiterado rechazo a autorizar un referéndum sobre la independencia), sino también a negociar la mejora del autogobierno en el marco del sistema autonómico podría abrir la puerta a legitimar una solución unilateral por parte catalana en la estela de lo esbozado por el TIJ, siempre que esta acaeciera en un contexto pacífico y fuera el resultado de una movilización democrática (Bossacoma, 2015: 220-234).

En fin, pese a los antecedentes convulsos anteriores a 1999, el caso de Kosovo, sobre todo a partir de la emisión de la opinión consultiva del TIJ relativa a la declaración unilateral, parece allanar el camino hacia un secesionismo

liberal, pacífico y democrático (Bossacoma, 2015: 19) incluso en condiciones de absoluta oposición de las instituciones del Estado matriz y de rigidez del marco constitucional. La posición de TIJ facilita el reconocimiento al confirmar que una declaración unilateral de independencia no es contraria a Derecho internacional público, delimita el principio internacional de respeto de la integridad territorial de los Estados (Urrutia Libarona, 2012: 107-140) y amplía el principio internacional de prohibición del uso de la fuerza ilegítima (Bossacoma, 2015: 19 y 235-238).

El trasfondo marcado por la opinión consultiva del TIJ sobre la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo abre, pues, una posibilidad en el orden internacional para acoger una hipotética secesión unilateral catalana respaldada por un apoyo popular incontestable frente a la total negativa de modificación del marco constitucional español. El Derecho internacional no sería, pues, ajeno a una *revolución demótica*, a un despertar del *We the people*, pese a la prohibición constitucional tanto de la secesión como de la expresión de la voluntad democrática sobre la independencia a través de un referéndum circunscrito al pueblo de Cataluña.

4. LA ALTERNATIVA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN SENTIDO PLURINACIONAL.

Sin entrar a valorar si las grandes manifestaciones soberanistas de los últimos años en la *Diada* del 11 de septiembre y si los resultados de las elecciones al Parlamento de Cataluña de 27 de septiembre de 2015 ya representan esta *revolución demótica*, este despertar del «Nosotros el pueblo», susceptible de conferir legitimidad a una ruptura del sistema constitucional español de 1978, lo cierto es que la continuidad del marco vigente es inviable, dada la amplia y constante movilización de un sector tan mayoritario de la población a favor de la secesión. ¿Pero qué alternativa de reforma de la norma fundamental española es concebible para ofrecer un horizonte que induzca al menos a una parte de los actuales partidarios de la independencia catalana a renunciar a su ideal? La respuesta solo puede pasar, a mi juicio, por una transformación del núcleo duro del sistema constitucional en lo que atañe a la identificación entre democracia y nación española. En efecto, de las consideraciones hasta aquí vertidas puede inferirse que la descripción de una realidad española integrada por diversas comunidades nacionales, de un Estado plurinacional en definitiva, no se corresponde con la regulación constitucional fundada «[…] en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles» (artículo 2 CE) e interpretada por las autoridades centrales, empezando por el Tribunal Constitucional, como la expresión jurídica suprema de un pueblo integrado en una sola nación.

El principal factor de *accommodation* que podría (y debería) ofrecer el sistema constitucional al independentismo catalán sería, pues, el reconocimiento nacional o, en otros términos, la adaptación de la norma constitucional a la realidad plurinacional, una realidad, por otra parte, constituyente del Estado. Para dicha *accommodation* sería insuficiente, como se ha propuesto en algunos foros, reconocer alguna mejora en materia de financiación o acometer cambios en política lingüística que extendiesen la presencia de la lengua catalana en Cataluña y el conjunto de España. Se trataría de algo más profundo en la concepción de la relación entre los distintos pueblos que conviven en el Estado; de hecho, sería específicamente de esto: reconocer jurídicamente la existencia de los distintos «pueblos de España» (algo, por lo demás, presente en el preámbulo de la vigente Constitución) que pactan una estructura constitucional común. Por decirlo a través de una fórmula más clásica, la atracción de una comunidad nacional que ha planteado el reto de la secesión con un apoyo social muy mayoritario a un esquema constitucional

compartido solo es a estas alturas posible si se le reconocen «atributos de soberanía» a dicha comunidad nacional, si el sistema constitucional admite su existencia en términos jurídicos y políticos. Si el Tribunal Constitucional español ha afirmado que «no se presenta la Constitución, por lo tanto, como resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a ella» (por todas, STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 4), la reforma constitucional que aquí sugerimos debería seguir el camino contrario: reconocer que la Constitución de 1978 es el resultado de un pacto entre comunidades nacionales. El colofón de una transformación constitucional de esta envergadura, por la que se reconociesen atributos de soberanía a las comunidades nacionales que integrasen el Estado plurinacional, sería el reconocimiento y regulación del derecho de secesión, un mecanismo que asegurase la pertenencia al sistema constitucional mediante la libre voluntad de la ciudadanía de la comunidad nacional con la posibilidad de retirarse de la unión (Norman, 2009: 285-362).

Otra discusión es la relativa a las comunidades nacionales que se erigirían como actores del nuevo pacto constituyente, pero aquí solo nos corresponde señalar que Cataluña debería ser indudablemente uno de estos agentes si se pretende reconducir la voluntad democrática del pueblo catalán de crear un nuevo Estado independiente a través de un renovado proyecto de convivencia en el conjunto del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce (1991): *We the people. Foundations*, Cambridge y Londres: The Belknap Press of Harvard University Press.

BEARD, Charles A. (1964): *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, New York: The Macmillan Company.

BOSSACOMA, Pau y LÓPEZ BOFILL, Hèctor (2016): «The secession of Catalonia. Legal strategies and barriers» en X. Cuadras-Morató (editor), *Catalonia: next State in Europe?*, Londres y Nueva York: Routledge, 107-148.

BOSSACOMA, Pau (2015): *Justícia i legalitat de la secessió. Una teoria de l'autodeterminació nacional des de Catalunya*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics.

COX, Robert H. y Erich G. FRANKLAND (1995): «The federal State and the breakup of Czechoslovakia: An institutional analysis», *Publius*, 25, (1), 71-88.

DICEY, Albert V. (1960): *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Londres: Macmillan.

DÍEZ de VELASCO, Manuel (2013): *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Madrid: Tecnos.

DION, Stéphane (1996): «Why is secession difficult in well-established democracies? Lessons from Quebec», *British Journal of Political Science*, 26 (2), 269-283.

FERRERES, Víctor (2014): «The Spanish Constitutional Court confronts Catalonia's "Right to decide" (Comment on the Judgment 42/2014)», *European Constitutional Law Review*, 10, 571-590.

FOSSAS, Enric (2014): «Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, 273-300.

HÁLFDANARSON, Guðmundur (2006): «Severing the ties - Iceland's journey from a union with Denmark to a nation-state», *Scandinavian Journal of History*, 31 (3-4), 237-254.

KELSEN, Hans (1995): *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México: UNAM.

LINDGREN, Raymond E. (1959): *Norway-Sweden: Union, disunion, and Scandinavian integration*, Princeton: Princeton University Press.

LLUCH, Jaime (2014): «Introduction: the multiple dimensions of the politics of accommodation in multinational democracies», en J. Lluch (ed.), *Constitutionalism and the politics of accommodation in multinational democracies*, Houndmills: Palgrave MacMillan, 1-18.

LÓPEZ BOFILL, Héctor (2010): «La evolución jurídica hacia un Estado propio» *Revista Catalana de Dret Públic,* Especial núm. 1 dedicado a la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 485-493.

MASSA, Salvatore (1995): «Secession by mutual assent: a comparative analysis of the dissolution of Czechoslovakia and the separatist movement in Canada», *Wisconsin International Law Journal*, 14, 183-222.
NORMAN, Wayne (2009): «Teoria federalista de la secessió», en F. Requejo y M. Caminal, (eds.), *Liberalisme polític i democràcies plurinacionals*, Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 285-362.
SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro (2006-2007): «Constitución y secesión», *Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, 10, separata.
SCHNABEL, Albrecht y Thakur RAMESH (editores) (2000): *Kosovo and the challenge of humanitarian intervention: selective indignation, collective action, and international citizenship*. Tokyo: UNU Press.
STEIN, Eric (1997): *Czecho/Slovakia. Ethnic conflict, constitutional fissure, negotiated breakup*, Ann Arbor: The University of Michigan Press.
URRUTIA, Iñigo (2012): «Territorial integrity and self-determination: the approach of the International Court of Justice in the Advisory Opinion on Kosovo», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 16, 107-140.
YOUNG, Robert A. (1994*a*): *The Breakup of Czechoslovakia*, Kingston: Queen's University Institute of Intergovernmental Relations.
— (1994*b*): «How Do Peaceful Secessions Happen?», *Canadian Journal of Political Science*, 27, (4), 773-192.

Fecha recepción: 16 de febrero de 2016
Fecha aceptación: 16 de mayo de 2016

LA REFORMA DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS Y CATALUÑA
THE REFORM OF THE AUTONOMOUS STATE AND CATALONIA

Marc Carrillo

Catedrático de Derecho constitucional
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

RESUMEN

El artículo sostiene que el sistema español de descentralización política está agotado, especialmente con respecto a las aspiraciones de autonomía política en Cataluña. La razón principal radica en las deficiencias de las reglas de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. En este contexto, se analizan los efectos muy restrictivos de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. A fin de superar la situación, se propone una reforma general de la Constitución que al mismo prevea una solución particular para Cataluña.

PALABRAS CLAVE

Constitucion, Autonomía política, Tribunal Constitucional, Cataluña, Reforma constitucional, Disposición adicional

ABSTRACT

This article argues that the system of political decentralization espanyol is exhausted, especially with regard to the aspirations of political autonomy in Catalonia, the main reason lies in the shortcomings of the rules of distribution of powers between the State and the Autonomous Communities. In this context the very restrictive effects of the judgment of the Constitutional Court (STC 31/2010) on the Statute of Catalonia 2006. To overcome such a situation, the paper proposes a comprehensive reform of the Constitution by including a particular solution for Catalonia as well.

KEY WORDS

Constitution, Political autonomy, Constitutional Court, Catalonia, Constitutional reform, Additional provision.

LA REFORMA DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS Y CATALUÑA

Marc Carrillo
Catedrático de Derecho constitucional
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Sumario: 1. El agotamiento del modelo autonómico del Título VIII, la neutralización del Estatuto de Cataluña de 2006 y la necesidad de la reforma constitucional. 1.1. La reforma como instrumento para asegurar la normatividad de la Constitución. 1.2. Cataluña en el proceso constituyente de 1978. 1.3. El agotamiento del sistema autonómico en Cataluña. 1.4. La neutralización del Estatuto de 2006. 1.5. La necesidad de reforma es ineludible. 2. Una reforma general y una solución específica para Cataluña. 2.1. El referente federal para una reforma general del Título VIII. 2.1.1. Acerca del sistema de distribución de competencias. 2.1.2. El sempiterno tema de la Cámara Alta y los intrumentos de colaboración entre el Estado y las CCAA. 2.1.3. El principio de ordinalidad en materia económico-financiera. 2.1.4. El contenido de los estatutos. 2.1.5. En las modalidades de referéndum consultivo. 2.1.6. El carácter plurinacional del Estado. 2.2. Una disposición adicional específica para Cataluña.

1. EL AGOTAMIENTO DEL MODELO AUTONÓMICO DEL TÍTULO VIII, LA NEUTRALIZACIÓN DEL ESTATUTO DE CATALUÑA DE 2006 Y LA NECESIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

1.1. LA REFORMA COMO INSTRUMENTO PARA ASEGURAR LA NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793 establecía en su artículo 28 que: «Un peuble a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution: une géneration ne peut assujetir à ses lois les générations futures». En efecto, como también sostuvo Thomas Jefferson, el tercer presidente de los Estados Unidos en los primeros compases de la federación, el pueblo tiene siempre el derecho de reformar y revisar la constitución porque una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras.

La reforma constitucional es, junto con la jurisdicción constitucional, un instrumento que asegura la continuidad de la constitución como norma jurídica. Al prever unas reglas de procedimiento que permitan introducir los cambios convenientes para procurar su adaptación a los nuevos retos que plantea la evolución política de la sociedad y las demandas de los sectores que la integran, la reforma se presenta como un instrumento de defensa de la constitución, primera fuente del ordenamiento (De Vega, 1985: 60 ss.). Es la propia constitución la que, de este modo, establece las reglas de validez de los cambios que el devenir político de la sociedad demanda. Más allá de las dificultades objetivas que pueda plantear la rigidez de los diversos sistemas de enmienda

constitucional, la reforma es, en efecto, una garantía frente al poder de los factores de hecho dirigidos a ignorarla o a cambiarla al margen del procedimiento establecido en el momento constituyente.

Este referente del Derecho comparado no puede pasar desapercibido en España. A pesar de la notoria ausencia de tradición al respecto en la historia constitucional, la advertencia sobre el peligro de devenir una constitución nominal, progresivamente alejada de la comunidad política que pretender regular, no debería caer en saco roto. Tras casi cuarenta años de su entrada en vigor, la Constitución de 1978 puede sucumbir a la amenaza de convertirse en un texto meramente semántico. Con sus luces y sombras, objetivamente, la transición política a la democracia ofrece un balance histórico positivo. Uno de los aspectos más relevantes fue, precisamente, hacer de la Constitución la primera norma del ordenamiento y que esta fuera exigible de forma efectiva ante los tribunales. Por esta razón, cuando una parte decisiva de ella —el Tituto VIII, referido a la distribución territorial del poder político— hace aguas, especialmente en un territorio decisivo en la construcción del consenso constitucional de 1977-78 como Cataluña, la necesidad de revisar el texto para adaptarlo a nuevas realidades políticas y jurídicas resulta necesaria. Cabría decir incluso que es imperiosa.

1.2. CATALUÑA EN EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1978

Las razones del agotamiento del sistema son generales y afectan al sistema de descentralización política diseñado por el Título VIII y su aplicación a lo largo de casi cuatro décadas. En relación con Cataluña, este desgaste es todavía más evidente, dado el desarrollo de un proceso secesionista que, aunque actualmente no es mayoritario en la expresión de los sufragios populares, goza del apoyo de casi la mitad de electorado. Cuestión nada banal, más todavía si se toma en consideración que, históricamente, el independentismo en Cataluña ha sido muy minoritaro y que hasta hace poco había sido una opción política poco representativa, cuando no marginal. Constatado esto, ¿cuáles podrán ser razones de la presente situación?

A modo de breve reseña histórica, conviene retener algunos datos acerca de la relación de Cataluña con la Constitución —y, en especial, con el Título VIII— para identificar y subrayar algún argumento explicativo que permita aproximarse a la singularidad histórica del momento actual.

El poder constituyente de 1977-78 dio como resultado un texto constitucional con efectos enormemente positivos para el restablecimiento de la democracia en España y, a su vez, de la autonomía política en Cataluña. En este sentido, es preciso subrayar que, junto al resultado de las primeras elecciones democráticas del 15 de junio de 1977, la Constitución de 1978 fue el primer elemento de ruptura política y jurídica con la dictadura franquista. Acorde con el esquema de constitución racional normativa instituido por el celebre articulo 16 de la Declaración revolucionaria francesa de 1789, nuestra norma fundamental estableció la división de poderes e instituyó una carta de derechos fundamentales dotados de garantías jurisdiccionales. Asimismo, y ya en el contexto histórico del que la Constitución era tributaria, a través del Título VIII sentó unas bases jurídicas que trataban de resolver una cuestión decisiva para la viabilidad del sistema democrático que entonces iniciaba su andadura: la distribución territorial del poder político a través de un modelo de Estado compuesto mediante la organización de un sistema de descentralización política destinado a dar una solución constitucional al contencioso histórico no resuelto de la inserción de Cataluña y el País Vasco en una España democrática (Solé Tura, 1985: 89).

Lo que sigue no es una afirmación retórica. La configuración del actual Estado de las autonomías no se entiende sin la iniciativa política que, desde la oposición a la dictadura, apare-

cía ya en el tardofranquismo y en cualquier proclama o manifestación política en ambas comunidades autónomas. El artículo 2 y el Título VIII de la Constitución son directamente herederos de una realidad política asentada en la historia de la configuración de España como Estado y en su diversa realidad nacional. No por conocido y reiterado, sigue siendo preciso recordar que, junto a las demandas de libertad y amnistía para los presos políticos, en aquel tiempo —y sin solución de continuidad— la reivindicación de la autonomía política en Cataluña era omnipresente. Una reivindicación que, obviamente, no nacía con la nueva Constitución sino que quedaba arraigada en el tiempo; su referente histórico más próximo era la autonomía obtenida a partir de la Constitución de la segunda República de 1931 y el Estatuto de Núria de 1932. De hecho, el breve y esperanzador referente republicano, que el alzamiento militar de Franco frustró, ha de ser entendido como el punto de referencia principal en la construcción del Estado español contemporáneo. El proceso constituyente surgido de las elecciones de junio de 1977 y los debates parlamentarios posteriores desarrollados en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, así lo reflejaron[1]. La generalización que surge con los regímenes preautonómicos, con las excepciones, si acaso, de Galicia y Andalucía, ya respondió a otros parámetros políticos claramente vinculados a la coyuntura política del momento constituyente y a los particulares intereses específicos de la UCD y el PSOE, los partidos mayoritarios entonces. Intereses de influencia política en los que la generalización —en buena parte artificiosa— del proceso de descentralización política respondía más a razones propias de esos intereses inmediatos que a la asunción plena del trato constitucional específico que el contencioso histórico de Cataluña y el País Vasco exigía.

En Cataluña, el proceso de elaboración y aprobación a través referéndum constitucional de 6 de diciembre de 1978 dio como resultado un apoyo entusiasta a la nueva Constitución[2]. La inmensa mayoría de los partidos políticos de la izquierda y del centro, junto con los nacionalistas periféricos de centroderecha, así como el importante tejido asociativo de la sociedad catalana (sindicatos, colegios profesionales, asociaciones de vecinos, entidades culturales, etc.) se mostraron claramente favorables al texto constitucional, en la medida en que la libertad y la autonomía iban de la mano y eran reconocidas como inescindibles. En Cataluña, la Constitución y el Estatuto de Autonomía de 1979 que la siguió empezaron su andadura como un referente democrático para la inmensa mayoría de la población, que de forma políticamente activa les dio su apoyo. Es este un factor especialmente significativo para aproximarse a la llamada cuestión catalana con un criterio ponderado.

En este sentido, el caso catalán poco o nada tenía que ver con la abstención instrumental promovida por el nacionalismo vasco conservador, a pesar de la cláusula de especificidad —por otra parte, tan favorable— que le otorgaba la Disposición Adicional Primera, que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. Previsión constitucional que ha permitido a Euskadi mantener, junto con Navarra, una relación confederal con el conjunto del Estado en el orden financiero. Y, seguramente, la incorporación de dicha disposición al contenido de la Constitución respondía al intento, a la postre baldío, de los constituyentes de integrar en la senda constitucional al PNV, y de hacer frente a la desestabilización política que, de la misma manera que la extrema derecha franquista, provocaba el terrorismo practicado por una organización política totalitaria como ha sido y es ETA.

1.3. EL AGOTAMIENTO DEL SISTEMA AUTONÓMICO EN CATALUÑA

Tras casi cuarenta años de régimen constitucional y estatutario y con todas sus notorias imperfecciones como modelo de descentralización política, el Estado de las autonomias es en la actualidad una realidad política irre-

versible que forma parte integrante de nuestra estructura institucional. En el plano jurídico, debería ser objeto de algunas importantes revisiones que conciernen al modelo de distribución de competencias, los instrumentos de colaboración entre el Estado y las CCAA y el sistema de financiación. Sin embargo, en lo que concierne a Cataluña, es un modelo agotado. La insatisfacción se ha identificado en los límites del alcance efectivo de autonomía y la calidad de la misma; sobre todo, a causa de la interpretación y la aplicación del bloque de la constitucionalidad —Constitución y Estatuto— por parte del legislador estatal de turno, con independencia del color político de la mayoría parlamentaria.

Producto de esa insatisfacción, en la década pasada se llevó a cabo la aprobación de la reforma estatutaria concretada en un nuevo estatuto, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio. En términos políticos, puede razonablemente afirmarse que el con el Estatuto de 2006 se formalizaba un nuevo pacto entre el Estado y una fracción del mismo. Por medio de esta ley del propio Estado, previamente debatida, enmendada y aprobada como proposición de ley en el Parlamento de Cataluña, después aprobada como ley orgánica en las Cortes Generales y, finalmente, sometida a un referéndum circunscrito al pueblo de Cataluña, que lo votó favorablemente —con una participación, ciertamente no entusiasta, del 48,9% del censo—, se daba forma jurídica a una nueva distribución del poder político.

1.4. LA NEUTRALIZACIÓN DEL ESTATUTO DE 2006

La STC 31/2010, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad presentados al texto del Estatuto de 2006 por el Partido Popular y cinco comunidades autónomas dio como resultado una interpretación de la reforma estatutaria que desactivó sus efectos jurídicos. Esta neutralización del sentido de la reforma se concretó, esencialmente, en dos pilares básicos: la posición constitucional del Estatuto como fuente del ordenamiento y la nueva configuración de las competencias como expresión del autogobierno.

Con respecto al primero, el Tribunal iniciaba su razonamiento (FFJJ 3 a 6) con una afirmación irrefutable: los Estatutos de autonomía son normas subordinadas a la Constitución y no la expresión de un poder soberano. Seguidamente, la sentencia sostenía que los estatutos de autonomía pueden cumplir una función «materialmente constitucional», si bien matizó inmediatamente esta afirmación declarando que «tal calificación no tienen mayor alcance que el puramente doctrinal o académico». En esta misma línea, argumentó que, si bien esa función de los estatutos podía en algun momento dar a entender que su valor jurídico es complementario al de la Constución (STC 247/2007, relativa a la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana), tal tesis debe ser descartada porque aquella función «en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal». En este sentido, el TC añadía que la posición que ha de tener el estatuto de autonomía en el sistema de fuentes del ordenamiento es la de las leyes orgánicas (Aguado Renedo, 1996), «esto es, la de las normas legales que se relacionan con otras normas legales con arreglo a dos criterios de ordenación: el jerárquico y el competencial» (FJ 3) sin que, en consecuencia, las distintas etapas del procedimiento de elaboración del Estatuto catalán —caracterizado por la concurrencia en la función legislativa del Parlamento autonómico y la definitiva, que correspondió a las Cortes Generales, así como por el referéndum, aspectos que, junto con el procedimiento de reforma, le atribuyen una especial rigidez— fuesen consideradas elementos jurídicamente relevantes para diferenciar el Estatuto del resto de leyes orgánicas.

En relación con el segundo pilar de la STC 31/2010, este planteamiento sobre la posición jurídica del Estatuto forzosamente tenía que tener consecuencias sobre el otro gran

pilar de la reforma estatutaria, el relativo a la determinación formal y material de la materias competenciales (Título IV del Estatuto de Autonomía de Cataluña). Porque, en efecto, la sentencia interpretó (FFJJ 57 ss.) que, en la tarea de delimitación de los ámbitos competenciales, los únicos referentes debían ser la Constitución y la propia interpretación realizada por la jurisdicción constitucional, pero no el Estatuto. Y, en efecto, no otra es la conclusión que cabe extraer cuando el Tribunal interpreta que la citada concreción funcional y material de las competencias que el Estatuto desarrolla en el Cap. I del Título IV no tiene otro alcance que «el descriptivo de una realidad normativa que le es en sí indisponible» (FJ 58).

La determinación de las competencias que llevó a cabo el Estatuto de 2006 fue una de las novedades jurídicas de mayor relieve de la reforma del Estatuto de 1979. Atendida la desconfianza acumulada sobre la interpretación restrictiva que había llevado a cabo el legislador estatal en torno al alcance de las compentencias autonómicas, la exhaustiva concreción funcional y material de las competencias obedeció a la explícita voluntad de superar el déficit en la aplicación del sistema constitucional de distribución de competencias a lo largo de treinta años de autonomía política. Un déficit que ha mermado de manera notoria la capacidad normativa del legislador autonómico en general, y del Parlamento de Cataluña en particular, para desarrollar políticas públicas propias en los ámbitos en los que las CCAA disponen de competencias.

Este problema estructural del sistema de distribución de competencias se ha expresado a través de dos vías: la primera ha sido la interpretación expansiva realizada por el legislador estatal de su capacidad para dictar legislación básica (art. 149.1 CE), que ha reducido sustancialmente el margen de actuación normativa del Parlamento autonómico; la segunda se ha concretado en la abusiva invocación estatal de los títulos horizontales que le atribuyen la competencia exclusiva (especialmente, los previstos en los artículos 149.1.1 y 13 CE) sobre materias genéricas o transversales, práctica que ha servido para disminuir, cuando no para diluir, la competencia autonómica sobre una competencia propia (Viver Pi-Sunyer, 2006: 45-75; Albertí Rovira, 2005: 109-136).

A la indudable novedad jurídica que supuso la reforma estatutaria de 2006, la respuesta dada por la STC 31/2010 no fue otra que la neutralización del edificio jurídico que pretendía garantizar el contenido de las competencias determinadas por el Estatuto de acuerdo con el artículo 147.2.d) CE. Sus argumentos, contenidos en los FFJJ 57 a 61, se expresan en dos resoluciones interpretativas sobre las competencias exclusivas (art. 110) y ejecutivas (art. 112) y una declaración de inconstitucionalidad y nulidad que afecta a una parte del artículo 111, relativo a las competencias compartidas. Obviamente, la cuestión no estribaba en la cantidad, sino en la calidad de los preceptos afectados y en su evidente proyección sobre las competencias específicas contenidas en el Cap. II del Título IV del Estatuto (arts. 116 a 173).

En sus consideraciones previas (FFJJ 56 y 58), el intérprete supremo de la Constitución afirmó que «el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica —e indiscutible— de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional. Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional» (FJ 57).

Que el bloque de la constitucionalidad, decisivo en el reparto de competencias, pudiese verse modificado en su contenido por una reforma del Estatuto —una de las partes del binomio normativo— no fue motivo suficiente para incitar al TC a afrontar el desafío jurídico que aquella le planteaba. A este respecto, la solución más funcional que el TC encontró para evitar el reto que la reforma le lanzaba fue relegar la posición jurídica del Estatuto como norma en el sistema de fuentes y ajustarse a su

doctrina en aquello que fuese coherente con dicha concepción.

Una buena prueba de ello fue la forma que el Tribunal Constitucional encontró para resolver la cuestión de la categorización de las competencias compartidas —art. 111 del Estatuto de Autonomía de 2006, precepto que no hacía otra cosa que incorporar los criterios jurisprudenciales consolidados a lo largo de los años transcurridos del Estado de las autonomías sobre el concepto formal de bases—. Según el criterio del Tribunal, la pretensión del legislador estatutario no era correcta porque «no resuelve las objeciones de inconstitucionalidad […] toda vez que […] la censura que en realidad merecería no sería tanto la de desconocer las competencias del Estado, cuanto la de hacerse con la función más propia del Tribunal Constitucional, la que se habría cuidado de respetar ateniéndose en el sentido de su jurisprudencia, pero olvidando que al formalizar como voluntad legislativa la sustancia normativa de esta, la desposee de la condición que le es propia, en tanto que resultado del ejercicio de la función jurisdiccional reservada en este Tribunal como intérprete supremo de las normas constitucionales» (FJ 58). Un ejemplo más de la posición subordinada en el bloque de la constitucionalidad que la sentencia atribuye al Estatuto, a pesar de que, dado que este es parte integrante del bloque de la constitucionalidad, hubiese decidido asumir la jurisprudencia constitucional consolidada e incorporarla rigurosamente a su contenido normativo.

Tras este itinerario constitucional —en el que, ciertamente, subyacían notorios desaciertos, cuando no despropósitos institucionales y políticos—, tanto en el ámbito catalán como en el resto de España el dato objetivo a retener fue la trascendencia que este episodio tuvo en Cataluña y, desde luego, tambien de la propia STC 31/2010, que ha sido profundamente contraproducente para la Constitución de 1978 y su legitimidad política y social. Sobre todo —volviendo a la historia más reciente— porque había sido votada en Cataluña de forma entusiasta y calurosamente democrática, con el apoyo activo de la inmensa mayoría de fuerzas políticas democráticas —la entonces muy minoritaria en Cataluña ERC votó en contra— y una incuestionable movilización social que le dió apoyo. Los efectos han sido políticamente graves tras la sentencia y los hechos políticos posteriores así lo acreditan. El resultado es que la Constitución se ha convertido en objeto de la confrontación política entre sus enemigos de la primera hora: por un lado, los que han decidido defenderla ahora de forma instrumental como si fuera un código canónico infalible, cuando en el momento constituyente muchos de ellos la habían rechazado; y, por otro, los que desde su marginalidad política de entonces también la repudiaron.

1.5. LA NECESIDAD DE REFORMA ES INELUDIBLE

La reforma es imperiosa en el caso de Cataluña. Y es necesaria de forma general para reconducir las deficiencies registradas tras casi cuarenta años de descentralización política. Pero este reto, al que los Estados europeos del entorno más próximo (RFA, Francia, Italia, etc.) se han enfrentado en numerosas ocasiones desde 1945, choca con la inercia mostrada por el constitucionalismo español, que se ha manifestado especialmente reacio a poner en práctica esta garantía de la normatividad de la Constitución. Ciertamente, no hay tradición al respecto. En la agitada historia constitucional de España y los sucesivos procesos constituyentes que la han caracterizado, no se encuentran referencias a reformas constitucionales. La ininterrumpida sucesión de textos constitucionales a lo largo de los siglos XIX y XX, como es sabido, no ha sido el resultado de reformas internas en el seno de un texto constitucional, sino de cambios políticos revolucionarios o reaccionarios que, una vez triunfantes, se dotaban de un texto constitucional. La única excepción en este sentido la puede ofrecer la Constitución liberal de 1837, presentada como una versión reformada y más reducida

de la Constitución de 1812 (Pro Ruiz, 2010: 66). Y nada más.

Por otra parte, las dos reformas de la Constitución de 1978 han obedecido a impulsos externos. La del artículo 13.2 CE, de 27 de agosto de 1992, por la se incorporó el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales para los nacionales comunitarios, fue consecuencia de la integración de España al Tratado de la Unión Europea (Maastricht), de 7 de febrero de 1992. Por su parte, la reforma del art. 135 CE, de 27 de septiembre de 2011, relativa a la incorporación del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad y realizada por el procedimiento de urgencia, fue igualmente consecuencia de una acción externa: las presiones ejercidas por el gobierno germano y la llamada *troika* sobre el gobierno del presidente Rodríguez Zapatero. Y ahora, en realidad, no es ninguna osadía sostener que, si se plantea la reforma constitucional[3], es como consecuencia del factor político sobrevenido del llamado proceso soberanista en Cataluña.

2. UNA REFORMA GENERAL Y UNA SOLUCIÓN ESPECÍFICA PARA CATALUÑA

En este contexto, en el que la necesidad de la reforma constitucional no se excluye, las opciones que se plantean son diversas. La primera es no afrontar el reto y seguir como hasta ahora, con el evidente riesgo que la Constitución vea reducida aún más su legitimidad ante las generaciones que no habían nacido cuando se votó; la segunda es la reforma, opción que puede adoptar diversas formulaciones, y la tercera es la ruptura propugnada por la opción soberanista en Cataluña.

La primera ha sido defendida por la mayoría política gobernante en España antes de las elecciones del 20 de diciembre de 2015. En el otro extremo, la tercera es la que defienden los sectores independentistas en Cataluña que dan apoyo al Gobierno autonómico surgido de las elecciones del 27 de septiembre y cuya formulación política y jurídica se encuentra recogida, hasta ahora, en los 19 informes emitidos por el *Consell Assessor per la Transició Nacional*[4], que integran el Libro Blanco para la Transición Nacional de Cataluña. Y la segunda es la que es objeto de debate en los ámbitos político y académico. En este último, ¿qué posibilidades ofrece la reforma constitucional para hacer frente al agotamiento del sistema autonómico de 1978 y, específicamente, la cuestión catalana?

Sabido es que algunas formaciones políticas han planteado la opción de una reforma en sentido federal de la Constitución como una vía adecuada tanto para reconducir la actual regulación del Estado de las autonomías del Título VIII como para afrontar el proceso secesionista en Cataluña[5]. Sin duda, desde una perspectiva general, podría ser una opción de interés para racionalizar las disfunciones del Título VIII, especialmente en lo concerniente al sistema de distribución de competencias; sin embargo, no es nada seguro que sea una solución que, más allá de lo que sostienen sus promotores, goce de amplios apoyos políticos para llegar a buen puerto.

Si bien el Estado de las autonomías es una realidad política consolidada, irreversible y con aspectos incuestionablemente positivos, ello no es oóbice para constatar que, sobre todo a causa de los efectos de la crisis económica, ha emergido un estado de opinión en la ciutadania más proclive al fortalecimiento del poder central que al aumento del poder de las CCAA (Fernández Rodríguez, 2015: 13). En los últimos tiempos no ha sido extraño escuchar a dirigentes políticos autonómicos plantear, incluso, la eventualidad de la devolución de competencias al Estado. El barómetro del CIS de abril de 2014 aportaba datos que reflejan una tendencia a incrementar el poder central y no lo contrario[6].

No obstante, la opción federal podría ser una vía para racionalizar algunos aspectos im-

portantes del actual marco constitucional del Estado de las autonomías. En todo caso, lo que resulta más evidente es que, por sí sola, la opción federal pueda ser ya una opción factible en Cataluña. El intento del Estatuto de 2006 de configurar una relación asimétrica y con elementos de bilateralidad en su relación con el Estado fue desautorizada por la STC 31/2010. Es evidente que la reforma estatutaria no era una solución que respondiese a una lógica federal, pero podía identificarse con una descentralización política asimétrica. Como se ha señalado antes, sin embargo, el federalismo no es una opción constitucional que ofrezca visos de plausibilidad política a la luz del escaso entusiasmo que ha generado en buena parte de las fuerzas politicas mayoritarias de ámbito estatal y del apoyo que en el Parlamento de Cataluña han tenido las resoluciones de corte soberanista.

Dicho lo cual, en las líneas que siguen se exponen algunas propuestas generales para una revisión del Título VIII con el referente federal como fondo. En relación con Cataluña, se describe el contenido posible de una eventual disposición adicional a la Constitución.

2.1. EL REFERENTE FEDERAL PARA UNA REFORMA GENERAL DEL TÍTULO VIII

2.1.1. Acerca del sistema de distribución de competencias

Con todas sus luces y sus contrastadas sombras, el sistema de distribución de competencias demanda una reformulación. La indeterminación del ámbito material de la legislación sobre condiciones básicas, bases, etc. ha hecho que la delimitación de la titularidad competencial se haya convertido en demasiadas ocasiones en una valoración jurídica carente de la objetividad exigible, que proporcione seguridad tanto al Estado y a las CCAA como al propio Tribunal Constitucional. Algo semejante ha ocurrido con el uso habitual por el legislador estatal de los títulos transversales *ex* art. 149.1.1 y 13 CE y los consiguientes efectos reductores en las competencias autonómicas. Por tanto, la necesidad de establecer un sistema claro y conciso que evite el déficit de la indeterminación es imperiosa.

A este respecto, comparto con otros autores la idea de que es viable la propuesta consistente en la posibilidad de establecer un sistema de distribución competencial basado en los siguientes elementos: una previa definición funcional de las competencias realizada por el propio texto constitucional; una sola lista de competencias estatales y la atribución del resto a las CCAA; muy pocas competencias concurrentes y una regla de distribución competencial basada en el principio de subsidiariedad (Tornos, 2014: 52), especialmente en lo que concierne al ejercicio de la función ejecutiva. Esta combinación podría ser una vía adecuada para evitar los problemas de determinación de la titularidad generados por el Título VIII.

Por el contrario, un sistema de triple lista que siga el modelo federal alemán, si el listado de las competencias compartidas o concurrentes fuese extenso, probablemente generaría dificultades similares a las que se quieren evitar.

Lógicamente, en este esquema habrán de quedar excluidas las previsiones del actual artículo 150 CE sobre la modificación extraestatutaria de competencias.

2.1.2. El sempiterno tema de la Cámara Alta y los intrumentos de colaboración entre el Estado y las CCAA

La naturaleza del modelo de Estado compuesto diseñado por la Constitución no se compadece con la configuración constitucional del Senado en 1978. Es una cuestión tan manida como reiterada, pero nada irrelevante. La opción de un Senado como Cámara de representación de los gobiernos autonómicos según el referente alemán del Bundesrat podría permitir la existencia no solo de una asamblea

legislativa, sino también de un foro cooperativo para el Estado y las CCAA.

Asimismo, la parca referencia constitucional a los instrumentos de colaboración entre el Estado y las CCAA y de estas entre sí mismas tampoco casa bien con un modelo de Estado políticamente descentralizado. También ha sido un lugar común en la doctrina denunciar este déficit. Es evidente que la reforma debería afrontar esta cuestión e incorporar los instrumentos jurídicos de colaboración que ofrece la experiencia comparada, así como las vías de participación de las CCAA en los procesos de decisión de las instituciones del Estado y, sobre todo, en las relaciones del Estado y las CCAA con la Unión Europea. Las previsiones del Estatuto catalán al respecto contempladas en el Título V pueden ser, en general, un buen punto de referencia.

2.1.3. El principio de ordinalidad en materia económica y financiera

Si tras la reforma del artículo 135 de la Constitución la regulación del principio de estabilidad presupuestaria es explícita y de formulación nada breve, una futura reforma debería responder a la misma lógica cuando trate de establecer los principios que han de informar el sistema de financiación de las CCAA. De acuerdo con ello, debería prever las reglas generales sobre la participación de las CCAA en el rendimiento de los tributos estatales, así como los mecanismos de nivelación y de solidaridad. La experiencia comparada es un referente a tener en cuenta en unos términos que podrían asimilarse a lo que al respecto establecía el artículo 206.3 del Estatuto de Cataluña, declarado inconstitucional por la STC 31/2010. Asimismo, también debería contemplarse el tratamiento y la actualización fiscal y el principio de lealtad institucional entre el Estado y las CCAA.

En relación con el principio de solidaridad, es muy pertinente la observación que subraya que su exigencia también ha de proyectarse sobre el cupo en los territorios forales del País Vasco y Navarra. Como con razón se ha puesto de relieve en el debate jurídico y político actual, no es posible que su sistema de financiación se renueve cada cinco años sin un marco de referencia estable (Tornos, 2014: 53).

2.1.4. El contenido de los estatutos

Si la Constitución determina con claridad la distribución de competencias, el contenido de los estatutos de autonomía debería limitarse a concretar las materias competenciales que la Constitución no reconoce al Estado, además de regular los principios generales y las instituciones de autogobierno. De esta forma, su procedimiento de aprobación y reforma debería instrumentarse a través de una ley institucional de las propias comunidades autónomas que no necesitara ser sometida a la aprobación por las Cortes Generales. El control de constitucionalidad del Estatuto, en su caso, debería articularse a través de la vía del recurso previo, antes de su aprobación definitiva por la Cámara autonómica.

2.1.5. En las modalidades de referendum consultivo

En las diversas modalidades de referendum consultivo debería preverse una cuyo ámbito territorial de consulta fuera infraestatal para las CCAA y los entes locales, limitado al ámbito de sus respectivas competencias.

2.1.6. El carácter plurinacional del Estado

Teniendo en cuenta la evolución del Estado de las autonomías, en una fase posterior a la reforma que ahora exige la Constitución, debería reformularse en un sentido menos barroco el artículo 2 —una redacción heredera de los elementos condicionantes del proceso constituyente— a fin de reconocer el carácter

plurinacional del Estado sin mayores precisiones al respecto.

2.2. UNA DISPOSICIÓN ADICIONAL ESPECÍFICA PARA CATALUÑA

En el marco de esta reforma constitucional —que, como la descrita, se ubica en una lógica constitucional no alejada de los referentes federales—, la regulación del caso de Cataluña habría de quedar parcialmente al margen. Al objeto de afrontar la singularidad política de Cataluña, esta podría encontrar cobertura en una disposición adicional específica, pero a su vez vinculada en las aspectos más generales a la Constitución reformada en su conjunto.

De esta forma, el contenido de este precepto adicional de la Constitución estaría específicamente destinado a garantizar la autonomía catalana en aquellos ámbitos que han resultado más vulnerables en la comprensión pretérita del principio de autonomía política, teniendo en cuenta la experiencia de la aplicación que del bloque de la constitucionalidad se ha hecho hasta ahora, así como de la interpretación que la STC 31/2010 realizó del Estatuto de 2006.

La disposición adicional no debería ser un precepto genérico similar a la previsión de la actual Disposición Adicional Primera, relativa los territorios forales. Por el contrario, tendría que concretar algunos aspectos a los que la propia Constitución como tal, y no el Estatuto, les atribuye el máximo rango jurídico. Entre ellos, habría que tener en cuenta, en especial, los siguientes:

– Una definición funcional específica de las competencias de la Generalitat diferenciada de la que la Constitución haya establecido con carácter general en la reforma del Título VIII destinada a atribuir una mayor capacidad normativa (potestad legislativa y potestad reglamentaria) a las instituciones de la Generalitat (Parlamento y Gobierno). De acuerdo con ello, la disposición adicional podría especificar algunas materias competenciales sobre las que se atribuya esa mayor disponibilidad normativa: concretamente, enseñanza, cultura y servicios sociales, con los límites que fijan los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y, por remisión de esta, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

– El sistema de financiación ya definido con carácter general en la reforma constitucional podría completarse en la disposición adicional mediante la previsión de instrumentos de relación bilateral con el Estado similares a los previstos en el art. 183 del Estatuto de 2006, pero con un contenido menos prolijo.

– En relación con las inversiones en infraestructuras, podría establecerse una previsión similar a la contenida en la Disposición Adicional Tercera del EAC, declarada inconstitucional (en su apartado 1) por la STC 31/2010.

– El régimen de las lenguas oficiales ha de atenerse a la interpretación que del mismo ya hizo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la STC 337/1994. La disposición adicional podría sintetizar los criterios de usos lingüísticos allí expuestos e incorporar como requisito para el acceso a la función pública de la Administración general del Estado y del poder judicial en Cataluña, el conocimiento —también— de la lengua catalana.

NOTAS

1. *Vid.*, por ejemplo, las intervenciones al respecto de los miembros catalanes de la ponencia constitucional, Miquel Roca i Junyent y Jordi Solé Tura: *Constitucion Española*: 1980. *Trabajos parlamentarios*, Madrid: Cortes Generales. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades públicas. Vol. I, Sesión número 1, de 5 de mayo de 1978, 664-669.

2. Los resultados del referéndum constitucional en Cataluña fueron, con una participación del 67,9% del censo, de 90,5% sufragios favorables; 4,6% negativos; 4,2% votos en blanco y 0,7% nulos. (Fuente: Ministerio del Interior).

3. Los intentos de reforma durante el mandato de Rodriguez Zapatero sobre la incorporación a la Constitución de las comunidades autònomes, la reforma del Senado, la igualdad de género en la sucesión a la Corona y la incorpración de la cláusula europea no pasaron del conocido informe del Consejo de Estado (febrero de 2006).

4. *Vid.* <www.gencat.cat>

5. A este planteamiento responde la propuesta del documento de Carmona que el PSOE, principal partido de la oposición en las Cortes Generales, ha adoptado como texto de referencia. También en Cataluña el documento de trabajo elaborado por la *Fundació Rafael Campalans,* próxima al PSC («Per una reforma constitucional federal»*, Papers de la Fundació*, núm. 163, Barcelona 2013). En el ámbito de la reflexión académica hay que situar el trabajo editado por GARCÍA ROCA, J. (ed.) (2014): *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate,* Cizur Menor: Thompson Reuters Aranzadi.

6. En la pregunta número 24, en la que se planteaban algunas fórmulas alternativas de organización territorial del Estado en España, el 20,9% se mostraba a favor un Estado con un único Gobierno central sin autonomías; el 10,7%, era partidario de un Estado en el que las comunidades autónomas tengan menor autonomía que en la actualidad; el 35,4% se manifestaba de acuerdo con un Estado con comunidades autónomas como en la actualidad; el 13,4% era favorable a un Estado en el que las comunidades autónomas tengan mayor autonomía que en la actualidad; el 9,7% sostenía la posición de que el Estado reconociese a las comunidades autónomas la posibilidad de convertirse en Estados independientes; finalmente, el 7,3% manifestaba que no sabía nada sobre el tema y el 2,7% no contestaba al respecto. Por tanto, el 67% de los encuestados rechazaba expresamente aumentar el poder de las CCAA. (CIS, Estudio núm. 3021, Barómetro de abril, 2014).

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RENEDO, César (1996): *El estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico español*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (2005): «El blindatge de les competències i la reforma estatutària», *Revista Catalana de Dret Públic*, 31, 109-136.

— (2013): «El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98, 63-89.

CARRILLO, Marc (2008): «Jurisprudencia constitucional de 2007», *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Barcelona: Instituto de Derecho Público.

— (2010): «Después de la sentencia, un Estatuto desactivado», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 15, 26-37.

DE VEGA, Pedro (1985): *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2015): «Sobre la necesaria redefinición del Estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 51, 8-15.

GARCÍA ROCA, Javier (ed.) (2014): *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debat*, Cizur Menor: Thompson Reuters Aranzadi.

PRO RUIZ, Juan (2010): *III El Estatuto Real y la Constitución de1837* (Colección *Las Constituciones Españolas*, M. Artola (dir.)), Madrid: Iustel.

SOLÉ TURA, Jordi (1985): *Nacionalidades y nacionalismo en España. Autonomías, federalismo, autodeterminación,* Madrid: Alianza editorial.

TORNOS MÁS, Joaquín (2014): «El problema catalán: una solución razonable», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 42, 44-53.

VIVER Pi-SUNYER, Carles (2006): «En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución y polémica jurídico-constitucional», en G. Ruiz-Rico (coord.), *La reforma de los estatutos de Autonomía.* Valencia: Tirant lo Blanch, 87-119.

Fecha recpeción: 16 de febrero de 2016
Fecha aceptación: 16 de mayo de 2016

ESTUDIOS

EL REFLEJO DE LA *POENA NATURALIS* EN LA *POENA FORENSIS*
POSIBILIDADES EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

THE REFLECTION OF *POENA NATURALIS* IN *POENA FORENSIS*
POSSIBILITIES IN THE SPANISH CRIMINAL LAW

Miguel Bustos Rubio

Profesor Asociado de Derecho penal
Universidad de Salamanca

RESUMEN

Los supuestos de pena natural constituyen una realidad social innegable. Los males físicos o incluso psíquicos que puede sufrir el propio sujeto activo de un delito como consecuencia directa de su proceder delictivo pueden convertir a la pena forense finalmente aplicable en desproporcionada o inhumana. Para evitar esta situación, en este trabajo se estudian las diversas posibilidades existentes en nuestro Derecho penal positivo con el objetivo de reflejar los efectos de la pena natural en la pena forense, acudiendo para ello al estudio de figuras semejantes en ordenamientos extranjeros, y realizando propuestas de *lege ferenda* que permitan solventar las tensiones que con distintos principios basilares del Derecho Penal se pueden producir en este tipo de casos.

PALABRAS CLAVE

Pena forense, Pena natural, Proporcionalidad, Insignificancia, Punibilidad, Atenuantes

ABSTRACT

Natural punishment (*poena naturalis*) cases constitute an undeniable social reality. Physical or psychic ills that may suffer the perpetrator of a crime as a direct result of his criminal activity, can make the *poena forensis* disproportionate and inhumane. To avoid this situation, in this paper we study the different possibilities existing in our substantive criminal law in order to reflect the effects of *poena naturalis* in *poena forensis.* In this paper we studied similar laws in other jurisdictions, and we carry out reform proposals (*lege ferenda*) to resolve the tensions that can occur with different principles of criminal law.

KEY WORDS

Poena forensis, Poena naturalis, Proportionality, Insignificance, Punishment, Mitigating

EL REFLEJO DE LA *POENA NATURALIS* EN LA *POENA FORENSIS*

POSIBILIDADES EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

Miguel Bustos Rubio
Doctor Europeo en Derecho
Profesor Asociado de Derecho penal
Universidad de Salamanca

Sumario: 1. *Poena forensis* y *poena naturalis*. 2. ¿Cómo reflejar la pena natural en la pena forense? Análisis del caso español. 2.1. Atipicidad de los supuestos de *poena naturalis* por insignificancia. A su vez: un estudio sobre la insignificancia en Derecho penal. 2.2. No punibilidad o atenuación de la sanción por innecesariedad de pena en supuestos de *poena naturalis.* 2.3. Atenuación analógica. 2.4. No perseguibilidad del hecho. Remisión a otro lugar. 2.5. Individualización de la pena: gravedad del hecho y circunstancias personales del autor. A su vez, un estudio sobre el art. 66.1.6º CP. 3. Una propuesta de *lege ferenda:* la incorporación de supuestos de *poena naturalis* a nuestro Código Penal.

1. *POENA FORENSIS* Y *POENA NATURALIS*

¿Quién no ha escuchado un «Dios te ha castigado» cuando alguien ha llevado a cabo una mala acción contra otra persona —o contra algo— y ha sufrido algún tipo de daño como consecuencia directa de su mala conducta? ¿Quién no ha expresado aquello de «en el pecado lleva la penitencia» ante una situación semejante? E incluso, ahora que tanto se habla del karma, el destino y las energías cósmicas, ¿quién no ha oído alguna vez eso de «la vida le ha dado su merecido»? Y lo más importante: ¿tiene todo esto algo que ver con el Derecho penal? ¿Influye —o puede influir— sobre la cuantificación de la pena el hecho de que un sujeto sufra daños en su persona o en la de sus allegados como consecuencia del delito por él cometido? ¿Es posible que la pena a imponer tras la comisión de un hecho delictivo se vea alterada —atenuada, anulada— cuando se verifica que a consecuencia de la ejecución de ese ilícito el sujeto ha sufrido algún tipo de daño en su persona, con graves consecuencias físicas o, incluso, emocionales? ¿Es posible que el daño que se produce en el propio sujeto activo de la acción delictiva, a consecuencia de esta, pueda convertir en desproporcionada la aplicación de la pena?

Las situaciones en que el sujeto activo de un delito sufre algún tipo de daño a consecuencia de su propio proceder delictivo han sido denominadas tradicionalmente como supuestos de *poena naturalis,* o pena natural. Imaginemos algunos supuestos:

a) Un asaltante que roba en un banco y, a consecuencia del tiroteo con las fuerzas del orden que se produce a la salida, queda parapléjico.

b) Un ladrón que, huyendo con el botín, cae en una zanja no vislumbrada y su-

fre graves lesiones que le hacen perder la movilidad total de una pierna.

c) Un conductor imprudente que provoca un accidente de tráfico y, a causa del mismo, pierde a su hijo pequeño que le acompañaba en la parte trasera del vehículo.

Supuestos como los anteriores han movido a importantes sectores de la doctrina penal a pronunciarse sobre la posible influencia que dichas situaciones puedan tener sobre la pena forense finalmente aplicable. Según manifiesta Zaffaroni, «no puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma o haya sido gravemente herido durante un hecho policial de prevención directa, como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia» (Zaffaroni, 2005: 740).

Choclán Montalvo define la *poena naturalis* como aquella situación en la que «el autor de un hecho punible, como consecuencia inmediata de su realización y por causas naturales o no jurídicas, ha resultado con un daño grave en su persona o bienes, daño que ha sido producido por el propio reo». Para Choclán, además, se deben excluir todas las posibles consecuencias perjudiciales derivadas de comportamientos de terceros (Choclán Montalvo, 1999 y 1996). Sin embargo, Zaffaroni parece pronunciarse contra esta tesis cuando entiende que «se llama pena natural al mal que se autoinflige el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón» (Zaffaroni, 2005: 739-740). La concepción de Choclán, en mi opinión, conduce de manera acertada a desligar del concepto de *poena naturalis* en supuestos en los que el mal sufrido por el agente no deriva directamente de la ejecución del hecho delictivo por parte de aquel, sino más bien de la intervención, —directa o indirecta— de terceros sujetos (agentes externos). Véase el caso, por ejemplo, de la tradicionalmente denominada «pena de banquillo», que en ningún caso podrá ser tenida en cuenta como pena natural: en este supuesto, como en otros, puede admitirse sin problema que el sujeto activo del delito sufre un «mal» (para su imagen, para su persona) que dimana de la comisión de un delito determinado (hasta entonces solo presuntamente), pero ello no como consecuencia directa de la comisión del ilícito sino a causa de la intervención de terceros sujetos (por ejemplo, medios de comunicación) que motivan el mal sufrido por este sujeto.

Por similares razones, no estoy tampoco de acuerdo con que antes de la existencia expresa de la atenuante de dilaciones indebidas en nuestro ordenamiento, el Tribunal Supremo interpretase que nos encontrábamos ante un supuesto de pena natural al que había que reducir la pena (STS 1387/2004, de 27 de diciembre). Puedo estar conforme con la necesidad de atenuación de la pena en estos supuestos, mas no por constituir casos de *poena naturalis*, pues el daño no deriva directamente de la comisión del hecho delictivo, intercediendo en el caso la actuación de terceros ajenos (por ejemplo, los órganos jurisdiccionales).

En los últimos tiempos mucho se ha hablado sobre la «poena naturalis» de la *Metafísica de las costumbres* de Kant (1797), e incluso ya antes encontramos una idea semejante en la nomenclatura del «castigo divino» del Leviatán de Hobbes (1651): «ciertas acciones están conectadas por su naturaleza con diversas consecuencias perjudiciales […]. Cuando una persona al atacar a otra se golpea o lesiona a sí mismo, o cuando alguien contrae una enfermedad al ejecutar una acción contraria a la ley, tales perjuicios en relación con la persona no integran el concepto de "pena", ya que no es infligida por una autoridad humana, aunque, en relación a Dios, el Señor de la naturaleza, es posible hablar de aplicación y por lo tanto de una pena divina».

La contraposición entre lo que puede considerarse *poena naturalis* —aquella consecuencia natural, derivada propiamente de la conducta del agente, tal y como señalé en los ejemplos anteriores— y *poena forensis* —aquella otra que es, *stricto sensu*, consecuencia jurí-

dica de la comisión del hecho delictivo— es propiamente kantiana (Bacigalupo, 1998: 94), y de ella deriva la discusión, que aquí traigo a colación, sobre la discutible función de compensación de la pena aplicable al sujeto que puedan tener aquellas consecuencias lesivas que para él se derivan de su propia actuación delictiva. Y aunque ciertamente pueda resultar reprochable esta primaria terminología (pues pudiera pensarse, como hace algún autor (Silva Sánchez, 2014), que en realidad aquello que llamamos «pena natural» no es realmente natural, dado que se trata de una consecuencia lesiva imputable objetiva y subjetivamente al autor del hecho, por lo que realmente no pertenece al mundo de lo natural sino al de la imputación), en este trabajo continuaré utilizándola porque me parece más clarificadora a los efectos de la investigación.

Evidentemente, como ha hecho notar Manjón-Cabeza Olmeda, los ejemplos apuntados anteriormente constituyen un punto de arranque para debatir sobre las posibilidades y efectos que la *poena naturalis* pueda tener sobre la *poena forensis* finalmente aplicable. Por ejemplo, ¿cabe reflejar los efectos de aquella primera sobre esta última solo en el caso de delitos imprudentes, o es posible extenderlos también a los delitos dolosos? O ¿los daños que sufre el autor del hecho como consecuencia de su actuación, han de recaer en todo caso en su persona, o también sobre sus allegados? (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1121-1122).

La misma autora acude a un supuesto real para iniciar su estudio sobre la *poena naturalis:* la resolución de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 1992, que fue posteriormente confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1994. Se trata de un sujeto independentista catalán que en el año 1990 acudió a un aparcamiento cercano al Ayuntamiento y los Juzgados de Santa Coloma de Farners con un explosivo de fabricación casera. A consecuencia de un fallo en su manipulación, el artefacto explotó antes de tiempo, causándole gravísimas lesiones y sufrió la amputación de ambas piernas y los testículos, con lo que el sujeto quedó condenado de por vida a permanecer en una silla de ruedas y requirió desde entonces asistencia permanente para la realización de los más sencillos actos cotidianos. El Tribunal Supremo no aludía de forma expresa a la *poena naturalis* en el momento de valorar la pena aplicada, pero la cuestión tuvo reflejo en la sentencia señalada dado que el Alto Tribunal enfatizó en la incidencia que el sufrimiento postdelictual del autor pudiera tener en la aplicación de la sanción penal. Como señala Manjón-Cabeza Olmeda, «de esta sentencia del Tribunal Supremo puede extraerse que el sufrimiento postdelictivo consecuencia de la propia acción criminal, aun no teniendo un cauce propio a través del cual canalizar los efectos atenuadores, puede tenerse en cuenta dentro de los márgenes que permita la legislación» (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1124). Me pregunto, entonces, ¿cuáles son los márgenes que permite la legislación española para acoger supuestos de *poena naturalis* y reflejar sus efectos en la *poena forensis*, que es, con todo, la que resultará judicialmente aplicable al autor del hecho? ¿Qué vía —o vías— existen en nuestro Derecho penal vigente para dar virtualidad a los supuestos de pena natural? ¿Es necesario, en su caso, articular de *lege ferenda* un estatuto penal o procesal penal para dar cabida a tales supuestos?

Nótese que no pretendo centrar mi estudio en una teoría general sobre la pena natural. Mi intención es más modesta: una vez asumida la idea de que estos casos existen en nuestra realidad social (como así es), y que los mismos han preocupado a doctrina y jurisprudencia (como acabo de exponer), pretendo dilucidar si existe en nuestro Derecho penal una vía para que los supuestos de *poena naturalis* puedan verse reflejados en la *poena forensis* aplicable, surtiendo efectos atenuantes o anuladores sobre esta última. Partimos, pues, de la base de que «la tradición jurídica más relevante admite la existencia de la compensación derivada de la "pena natural" y la consecuencia jurídico-penal de la misma» (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.), opinión mantenida también por la ju-

risprudencia (así por ejemplo, la STS de 5 de junio de 2008 entendió que «la filosofía de la pena estatal que inspira nuestro derecho penal considera que, dentro del mal de la pena establecida en las leyes y aplicada por la autoridad judicial […] debe ser considerado también el mal representado por la *poena naturalis*, es decir, aquel mal sufrido por el delincuente por la propia ejecución del delito o por otras circunstancias concomitantes»). Por lo que respecta a su fundamento, a mi modo de ver, la base y razón fundamentadora que permite afirmar que la *poena naturalis* ha de ser tenida en cuenta para atenuar o anular la pena forense aplicable se identifica en un conjunto de axiomas:

Por un lado, hay que tener en cuenta que el principio de humanidad de las penas prohíbe que estas resulten inhumanas o degradantes, lo que en ciertos casos se conculca si obviamos un supuesto de pena natural en el momento de individualizar la correspondiente pena forense aplicable. Imaginemos el supuesto de que una anciana da marcha atrás con su coche y, dados sus defectos de audición, no logra escuchar los gritos de su hija advirtiéndole de que su nieto más pequeño se encuentra gateando detrás del vehículo, lo que ocasiona la muerte del pequeño, dada la imprudencia de la mujer al volante; la imposición de la pena, o de toda la pena, a esta anciana bien pudiera resultar inhumana y degradante al tener en cuenta que la sanción se sumaría a los factores más diversos, endógenos y exógenos, de sufrimiento y padecimiento moral de la mujer por haber atropellado imprudentemente a su nieto. En este sentido, tal y como explica Redondo Hermida, «la doctrina de la pena natural encuentra también sustento en el *principio de humanidad,* en virtud del cual se encuentran proscritas las sanciones crueles, inhumanas o degradantes […]. En esta línea, una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en el supuesto concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Así ocurre cuando la misma ha sufrido un grave castigo natural, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias de su hecho» (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.).

Por otro lado, los efectos de la pena natural en la forense también resultan explicados por la vía del principio de proporcionalidad en Derecho penal. De nuevo en palabras de Redondo Hermida, «la pena es la más importante consecuencia jurídica del delito, impuesta por quien tiene potestad para ello, tras el correspondiente proceso, legalmente regulado. Guarda, por tanto, con el delito, concebido como una lesión de un bien jurídico considerada intolerable por la ley, una relación de proporción. La idea de pena natural deriva del indiscutible hecho sociológico de la existencia, en ocasiones, de un gran daño para el culpable de un delito, daño derivado de la misma actuación ilícita realizada por el responsable. Es el caso del porteador de droga que resulta gravemente incapacitado por un efecto químico de la sustancia transportada. Como hemos dicho, la pena solo es procedente, con arreglo a valores constitucionales, cuando ella constituye una respuesta proporcionada a la quiebra del orden jurídico provocada por la infracción. De este modo, cuando se ha producido un gran daño para el responsable de la acción criminal, por efecto no querido de su propia acción inicua, la imposición de la pena abstracta prevista por la ley, sin tener en cuenta dicho grave daño para el culpable, constituye una quiebra de la proporción que le impone el respeto al valor de la justicia» (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.).

Este principio de proporcionalidad debe quedar imbricado con una idea dosimétrica básica: nunca el mal sufrido por el delincuente puede ser superior al mal causado por este mediante el delito. Por lo tanto, la pena forense aplicable nunca podrá superar el *quantum* del daño, o pena natural, sufrido por el autor del delito. Y si esto es así, entonces en aquellos casos en que el sujeto sufre un mal como consecuencia directa de la ejecución de un acto delictivo habrá de descontarse el «mal fáctico» del «mal jurídico» aplicable, pues de lo contrario se podría quebrar el principio de proporcionalidad entre el hecho acaecido y la

pena finalmente aplicable. No podemos olvidar aquella idea dimanante del principio de culpabilidad explicada por Roxin en su teoría sobre el fundamento y fines de la pena: nunca la medida de la pena podrá sobrepasar la medida de la culpabilidad del autor, único aspecto tomado por el autor alemán de la teoría pura de la retribución. En palabras del maestro alemán: «A pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho […] se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad […]» (Roxin, 2003: 99). Por ello, en virtud de la proporcionalidad, puede afirmarse que el mal fáctico sufrido por el sujeto en la ejecución del delito debe tenerse en cuenta (restarse, descontarse) a la hora de «calcular» o «individualizar» el mal jurídico o pena forense aplicable a dicho sujeto. Por utilizar un símil, que en este supuesto no sería plenamente jurídico, en caso contrario nos encontraríamos ante una especie de *bis in idem* conculcado: se estaría castigando dos veces (con pena *natural* y con pena *forense*) un mismo hecho.

El Derecho penal español no contempla, para los supuestos que puedan rubricarse como *poena naturalis*, de mecanismos legales específicos para renunciar a la pena o atenuarla. Tampoco para dejar de perseguir el hecho en sede procesal. Sí existe, por el contrario, una ferviente petición desde determinados sectores a favor de la introducción o intensificación del principio de oportunidad que permita acoger supuestos de pena natural en nuestro sistema penal (Gordillo Santana, 2007). A modo de solución práctica, pudiera pensarse únicamente en la institución del indulto, también muy cuestionada en los últimos años (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1136). Pero acudir al indulto es una posibilidad que siempre queda abierta en supuestos de pena natural y otros muchos. Se trata de una causa de extinción de la responsabilidad penal que supone la retirada de la pena (que no del delito). Es una medida de gracia de carácter excepcional que consiste en la remisión total o parcial de las penas de los condenados por sentencia firme. En los casos que aquí estudio no me estoy refiriendo, sin embargo, a supuestos en los que ya existe una sentencia y se ejerce un derecho de gracia que permite liberar de pena al sujeto. Me estoy refiriendo a la posibilidad de que el juez, ya en sentencia (y, por tanto, no con posterioridad a su dictado) acoja la *poena naturalis* sufrida por el sujeto activo del delito y, teniéndola en cuenta, refleje algún efecto atenuante o anulador en la *poena forensis* que se impondrá en sentencia. Obviamente, el indulto es siempre una posibilidad abierta en estos casos, pero, como señalo, el plano de discusión es diferente.

A diferencia del caso español, en otros ordenamientos jurídicos sí existen algunas previsiones más o menos expresas para dar solución a esta controvertida cuestión, que se mueven entre la construcción de atenuantes específicas, supuestos de renuncia a la pena o autorizaciones —ya en sede procesal— para no perseguir el hecho delictivo. Las fórmulas son muy heterogéneas, si bien todas ellas parten de la máxima de que en los supuestos de pena natural la pena forense resulta de algún modo menos necesaria —o de que su aplicación es improcedente—, ya sea por insignificancia, falta de justificación, innecesariedad de pena o proporcionalidad, entre otras (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1124 ss.). En el §60 del Código Penal alemán, por ejemplo, se prevé una causa de exclusión de pena en los siguientes términos: «El tribunal puede prescindir de la pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido sean de tal gravedad que la imposición de la misma resulte manifiestamente equivocada. Esta disposición no es aplicable cuando el autor del hecho ha incurrido en una pena privativa de libertad superior a un año». Igualmente, el §34 del Có-

digo Penal austriaco señala: «Será considerada de especial atenuación la circunstancia de que el autor del hecho, o persona íntimamente allegada a él, resulte lesionado de gravedad, física o psíquicamente, o gravemente perjudicado material o jurídicamente, a causa del hecho o sus consecuencias». Fórmulas expresas, como vemos, que permiten la atenuación o anulación de pena en supuestos de *poena naturalis.* Fórmulas que, como decimos, no existen en nuestro ordenamiento jurídico.

Conviene cerrar este epígrafe haciendo una somera referencia a los límites de la *poena naturalis.* En opinión de Zaffaroni, para la determinación del específico nivel de pena, en supuestos de pena natural, debe tenerse en cuenta la gravedad de los sufrimientos padecidos por el autor del hecho a consecuencia de su delito. Si la sanción fijada finalmente (*poena forensis*) no tiene en cuenta lo anterior, la respuesta punitiva alcanzará un quantum excesivo de la proporcionalidad, como ya aventuramos *supra* (Zaffaroni, 2005: 372).

Parece claro que cuando hablamos de pena natural lo hacemos refiriéndonos a un mal que sufre el agente que perpetró un determinado hecho delictivo a consecuencia de esa misma comisión. Se trata, pues, de un mal «natural», no jurídico, que, como bien señalaba Choclán Montalvo (1999), viene referido a la persona o a sus bienes. Cuando ese mal es de carácter físico —es decir, afecta a la integridad física o corporal de la persona—, parece que no se suscita ningún problema en el momento de calificarlo como *poena naturalis.* ¿Qué ocurre, sin embargo, cuando el mal no es de carácter físico, sino moral? ¿Es posible hablar aquí, en los términos en que venimos haciéndolo, de *poena naturalis*?

Silva Sánchez parte de una definición dual de la pena natural. Por un lado, una *poena naturalis* positiva, entendida como cualquier consecuencia lesiva que sufre el agente producto del azar, de modo fortuito, y como efecto imprevisible e inevitable de su actuación delictiva. Por otro, una *poena naturalis* negativa, como cualquiera de las consecuencias aflictivas para el agente que de algún modo o manera resulten reconducibles a su hecho delictivo y que no puedan calificarse de *poena forensis.* Con base en ello —y he aquí lo importante, a nuestro juicio, de su postura—, el autor entiende que se puede distinguir entre *poena naturalis physica,* y *poena naturalis moralis.* La primera se refiere a los daños físicos sufridos por el autor del hecho, mientras que la segunda se refiere a daños morales o intelectuales. La admisión de estos dos tipos de pena natural conducen al autor a defender que también el remordimiento sufrido por el sujeto como consecuencia directa del hecho delictivo perpetrado puede considerarse como un supuesto de *poena naturalis* y, consecuentemente, habrá de ser tenido en cuenta por nuestros tribunales a la hora de enjuiciar el caso. En sus propias palabras, «el remordimiento —o cargo de conciencia— es efectivamente algo más que la conciencia de haber obrado mal; es precisamente el sufrimiento derivado de esa ausencia de paz con uno mismo» (Silva Sánchez, 2014). En definitiva, la *poena naturalis* estaría conformada por aquellos casos en que el sujeto ha sufrido, a consecuencia de su propia actuación delictiva, un daño físico o moral grave que hace desproporcionada la total aplicación de una sanción penal (Yávar Umpiérrez, 2013).

El propio autor, no obstante, es consciente de las dificultades que se derivan de su planteamiento: «De uno u otro modo, parece que el remordimiento resulta un equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena. La cuestión es si el legislador ha partido de que todo delincuente experimenta un cargo de conciencia y, por ello, ha descontado de la facticidad de la *poena forensis* correspondiente a cada tipo la cuota de sufrimiento propia del remordimiento. O si, por el contrario, dada la creciente laxitud de las conciencias o su errónea conformación, ya no puede partirse —y tampoco lo hace el legislador— de que en todo delincuente el delito conlleve el sufrimiento interior derivado del juicio del tribunal de la conciencia» (Silva Sánchez, 2014). A ello, añado yo, hay que oponer

la evidente y manifiesta dificultad de probar en sede procesal la existencia de un remordimiento en la figura del agente, máxime cuando el propio Silva Sánchez subraya que no es lo mismo el remordimiento que la conciencia de haber obrado mal. En todo caso, pienso que existe una dificultad insalvable para admitir que lo que el autor denomina *poena forensis moralis* —y, entre ellas, el remordimiento— pueda efectivamente ser tenido en cuenta a efectos de pena natural para reflejarse posteriormente (sea de la forma que sea) en la pena forense: en el caso del remordimiento y, en general, en cualquier tipo de constricción de carácter moral o intelectiva, el pensamiento o sentimiento interno que pueda sufrir el sujeto que cometió el hecho delictivo no deriva ni directa ni esencialmente de la ejecución misma del delito, sino que se encuentra inextricablemente unido a diversas consideraciones de su propia persona, ser, modo de pensar, sentir y actuar. Interfieren en el sujeto sus propias cualidades, sentimientos, opiniones y concepciones de la vida, del mal y del bien, por lo que no puede decirse que ese sentimiento moral (como pueda ser el remordimiento) sea consecuencia y efecto *directo* de la comisión del delito; al contrario: las más de las veces podrá derivar del entorno social, cultural o mediático, de la concepción de estos sobre el delito, o de la propia mala conciencia del delincuente.

2. ¿CÓMO REFLEJAR LA PENA NATURAL EN LA PENA FORENSE? ANÁLISIS DEL CASO ESPAÑOL

2.1. ATIPICIDAD DE LOS SUPUESTOS DE *POENA NATURALIS* POR INSIGNIFICANCIA. A SU VEZ: UN ESTUDIO SOBRE LA INSIGNIFICANCIA EN DERECHO PENAL

Partiendo de la inexistencia de un mecanismo legal expreso en nuestro sistema que permita reflejar la *poena naturalis* en la *poena forensis* aplicable (sea atenuándola o incluso anulándola), una primera posibilidad consiste en acudir al principio de insignificancia (denominado por algunos «bagatela») para justificar de este modo que en los casos ejemplificados *supra* la pena no resulta aplicable por ser el hecho atípico al aparecer como irrelevante o insignificante.

Al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento español —que, como he dicho, carece de previsión legal expresa que permita conducir los supuestos de pena natural a la órbita de la pena forense y, al contrario de lo que ocurre en otros sistemas en que, como el alemán o el austriaco, existe una fórmula que nada tiene que ver con la idea de «insignificancia»—, en otros países, sobre todo latinoamericanos, podemos encontrar normas que autorizan a una atenuación o a una total exención de la sanción penal en supuestos que ellos mismos denominan «insignificantes», o que equiparan a estos, y que normalmente aparecen conectados con el principio procesal de oportunidad (más cerca, pues, de la no perseguibilidad que de la atipicidad). En estos países existen textos legales que admiten el principio de oportunidad para evitar promover la acción pública, lo que supone una excepción al principio de legalidad, si bien pueden resultar perfectamente admisibles al no generarse tensiones con aquel, teniendo en cuenta que se trata de supuestos de oportunidad reglada en los que, ya desde la propia letra de la ley, se permite inaplicar la sanción penal en supuestos de pena natural por «insignificancia».

Es el caso, por ejemplo, de Argentina (que permite la no perseguibilidad en casos en que el hecho traiga consecuencia directa para el autor un daño físico o moral grave y a causa de ello la pena resulte inadecuada, si bien la previsión se restringe a supuestos de delitos imprudentes, cuando el interés público en la persecución es *insignificante*). La República Dominicana permite al Ministerio Público prescindir de la acción cuando el hecho «no afecte significativamente al bien jurídico» y la

pena máxima no supere los dos años, o cuando el sujeto haya sufrido como consecuencia directa del hecho «un daño físico o psíquico grave, que torne desproporcionada la aplicación de una pena o cuando en ocasión de una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación». Perú admite el principio de oportunidad en casos de pena natural cuando el autor haya resultado gravemente afectado por las consecuencias de su delito y la pena sea desproporcionada. Bolivia permite prescindir de la persecución penal cuando el hecho sea de escasa relevancia social por afectación mínima a un bien jurídico, cuando el imputado haya sufrido a consecuencia de su actuación «un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse». Colombia, en fin, da cabida, desde el año 2005, al principio de oportunidad en casos de importancia ínfima por afectación insignificante al bien jurídico, criminalidad mínima o si existe un supuesto de pena natural «cuando el imputado ha sufrido un daño físico o moral grave como consecuencia de un delito imprudente, resultando la sanción desproporcionada o contraria al principio de humanización de la sanción») (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1126 ss.).

Tales ejemplos muestran la contemplación conjunta por la que han optado algunos ordenamientos jurídicos respecto de la pena natural y el principio de insignificancia. Pero, como bien ha señalado Manjón-Cabeza Olmeda, «la previsión conjunta de la pena natural y del principio de insignificancia en los textos citados, como desencadenantes del principio de oportunidad, hace necesario recordar que entre los supuestos de insignificancia y una gran parte de los de pena natural hay una diferencia fundamental» (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1129). Para conocer mejor esta distinción es necesario indagar sobre el concepto y contenido de la insignificancia en el Derecho penal; solo así es posible articular o desmontar una teoría como la que estamos estudiando, que pretende equiparar, apoyándose en el principio de oportunidad, los supuestos de insignificancia a los de pena natural y viceversa.

Cuando se habla de insignificancia, se pretende aludir a aquellos casos en los que una conducta resulta aparentemente encuadrable en la descripción legal y, sin embargo, el ataque al bien jurídico tutelado por la norma aparece como insignificante o insuficientemente relevante (Luzón Peña, 1995: 22). De este modo, para Zaffaroni, «no es racional que arrancar un cabello sea una lesión, apoderarse de una cerilla ajena para encender el cigarrillo sea un hurto, llevar un pasajero hasta la parada siguiente a cien metros sea una privación de libertad, la propina al cartero constituya una dádiva, eludir a una persona sea una injuria, etc.» (Zaffaroni, 2005: 740).

Como ha entendido Luzón Peña, ante un estado de insignificancia la acción del sujeto encaja *formalmente* en la descripción legal y *materialmente* afecta al bien jurídico, por lo que puede afirmarse la concurrencia del tipo penal, entendido tanto desde la óptica del tipo estricto o *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, como tipo amplio o *ratio essendi* de la antijuridicidad. En el primero de los casos existirá una acción típica y antijurídica (a salvo de que concurra alguna causa de justificación). En el segundo, se hablará de una acción típicamente antijurídica (Luzón Peña, 1995: 26).

El criterio de la insignificancia no es susceptible de *anular* —desde el punto de vista dogmático— ni el tipo ni la antijuridicidad. En el primero de los casos, porque la conducta encaja en la descripción legal (taxativamente entendida), tanto objetiva como subjetivamente. En el segundo, porque el comportamiento del sujeto es ilícito tanto desde el punto de vista formal (existe contradicción del hecho con el Derecho) como material (existe afectación al bien jurídico tutelado, por más que esta pueda resultar nimia o insignificante). La insignificancia, por ello, no puede converger en una categoría dogmática en el seno de la teoría jurídica del delito porque no puede negar la tipicidad o la antijuridicidad de los hechos cuando estos han sido ya afirmados por la propia ley. En contraste, otros autores parecen admitir que la insignificancia pueda ir

más allá y no ser considerada un simple criterio interpretativo restrictivo, sino una auténtica «causa de exclusión de la tipicidad material» (Flávio Gomes, 2006: 757). Es la ley la que ha configurado (equivocadamente o no) un tipo penal que en su totalidad describe la conducta, por mucho que esta pueda resultar efectivamente insignificante o irrelevante de cara a la afectación del bien jurídico que con la misma se produce. Ante este tipo de conductas, y en palabras de Luzón Peña, «solo cabe solicitar su supresión de *lege ferenda*, pero la labor dogmática no puede anular una decisión clara del legislador» (Luzón Peña, 1995: 28). Cuando hablamos de insignificancia, estamos exigiendo más bien una labor interpretativa del tipo penal, o una restricción tácita del mismo. Se trata de un juicio de interpretación teleológica de la norma que parte de una orientación de esta a la tutela y protección de un determinado bien jurídico: una conducta que cumpla el supuesto de hecho legal podrá resultar finalmente atípica si resulta que el bien jurídico ha sido objeto de un ataque que pueda calificarse finalmente de *insignificante* (Gimbernat Ordeig, 2009: 87-88).

Desde mi asunción del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (ofensividad, lesividad), entiendo que el Derecho penal tiene por función principal la tutela de los bienes jurídicos más importantes ante los ataques más intolerables. El Estado está llamado a intervenir punitivamente en aras de la salvaguarda y protección de los intereses jurídicos más importantes. Esta llamada al intervencionismo protector no comporta —ni ha de hacerlo— que el *ius puniendi* se ejercite de manera máxima, ante cualquier entidad de ataque; debe limitarse a una intervención mínima indispensable (Octavio de Toledo y Ubieto, 1981: 358). Considero, no obstante, que cuando hablamos de insignificancia solo hacemos referencia a una de las caras de la moneda que constituye esta *intervención mínima* del Derecho penal: la fragmentariedad (o carácter fragmentario del Derecho penal) con exclusión de la denominada subsidiariedad; prefiero optar por esta denominación y no por aquella que otorga al Derecho penal un carácter «secundario»; se habla así de «secundariedad» del Derecho penal; con toda razón Gimbernat Ordeig ha señalado que al elegir este término «no se ha demostrado demasiado acierto para designar algo que es esencial al Derecho penal. Por "secundario" se entiende en el lenguaje corriente algo carente de importancia, irrelevante. Y el Derecho penal es todo menos eso […]. Mucho más propio sería hablar de carácter de "última instancia" del Derecho penal» (Gimbernat Ordeig, 2009: 24-25). El carácter subsidiario del Derecho penal implica que la intervención de este sector del ordenamiento debe ser la última respecto del resto de ramas que lo constituyen; por tanto, allá donde otros instrumentos jurídicos menos lesivos resulten eficaces para proteger un interés determinado, deberán emplearse estos y no el Derecho penal. Esta subsidiariedad no juega papel alguno cuando hablamos de insignificancia, toda vez que el legislador ya ha decidido que una determinada conducta merece el calificativo de «delito» y, por tanto, que el control social debe efectuarse por medio del Derecho penal. El problema surge más bien cuando, una vez se ha dado el paso hacia el Derecho penal, la conducta produce una afectación sumamente vaga al bien jurídico protegido. En estos casos —ahora sí— se habla de insignificancia imbricada al carácter fragmentario del Derecho penal: el *ius puniendi* no debe ofrecer protección a los bienes jurídicos frente a cualquier tipo de ataque y en todo caso, sino exclusivamente contra las modalidades de ataque más graves (Octavio de Toledo y Ubieto, 1981: 359). Es precisamente esta característica de *fragmentariedad* la que sustenta el principio de la insignificancia: el Derecho penal protege aquellos bienes más importantes para la convivencia social y esta tutela se limita a aquellas conductas que atacan de la manera más intensa a tales intereses (Navarro Massip, 2011: 54).

El carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal conduce a negar que una acción resulte penalmente relevante, aunque

sea formalmente incardinable en la descripción normativa y además contenga un cierto desvalor jurídico material, cuando en el supuesto particular el desvalor sea mínimo o insignificante. La fragmentariedad penal exige interpretar que la conducta típica se constituya exclusivamente por acciones *gravemente* antijurídicas y que quedan fuera aquellos hechos que supongan una «gravedad insignificante», sin que desde esta exégesis pueda inferirse una *contraditio in terminis.* El principio de insignificancia, como *criterio interpretativo* de auxilio exegético de la norma, juega su papel en aquellos supuestos en los que la conducta típica, en principio suficientemente grave, admite casos en los que el desvalor resulta verdaderamente insignificante, lo que puede ocurrir bien ante un mínimo desvalor objetivo de dicha conducta, bien ante un mínimo desvalor subjetivo de la acción (Luzón Peña, 1995: 28). En cualquier caso, subrayamos, no estamos ante una categoría dogmática autónoma, sino ante un principio interpretativo-teleológico del tipo penal.

Como observa Navarro Massip, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que reducir el Derecho penal a una *ultima ratio* es un postulado de política criminal ciertamente razonable, que debe ser tenido en cuenta (primordialmente) por el legislador. Se ha considerado, no obstante, que en la práctica judicial (y, añadiría yo, doctrinal) este principio «tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal» (Navarro Massip, 2011: 54). Según entiendo, el principio de legalidad no implica una restricción absoluta de la labor interpretativa al texto de la norma penal; el Derecho penal admite criterios interpretativos diferentes, y entre ellos, por lo que aquí interesa, ocupa un papel destacado el teleológico. Ciertamente, no puede construirse una categoría dogmática por parte de la doctrina que, contrariamente a lo dispuesto por el legislador en la norma, declare como atípico un hecho contemplado en un tipo penal: ello podría suponer una violación del principio de legalidad, nuclear en un Derecho penal moderno. No obstante, la exigencia de legalidad en materia penal no impide la *interpretación* normativa (Gómez Pavón y Bustos Rubio, 2014: 169 ss.). En palabras de Navarro Massip, «interpretar la norma en un determinado sentido no es contrario al principio de legalidad, cosa distinta es que ello acarree una indeseable inseguridad jurídica» (Navarro Massip, 2011: 54). El criterio de la insignificancia debe ostentar, pues, naturaleza de *principio interpretativo* de la norma penal.

El principio de insignificancia es resultado de una inferencia directa del principio de *intervención mínima* del Derecho penal en su vertiente de *fragmentariedad*, principio que influye sobre la concepción del Derecho positivo desde un punto de vista crítico. La imprecisión del legislador en la descripción de los tipos penales (los denominados *tipos abiertos*), así como la carencia de mecanismos por parte de este para precisar al milímetro las conductas típicas abocan inevitablemente a que ciertos comportamientos insignificantes se filtren en el seno del delito (Rusconi, 1992: 73). Esta inflación de los tipos penales reclama imperiosamente una interpretación adecuada y coherente con el principio de lesividad y el carácter fragmentario del Derecho penal. Obviamente, el principio de insignificancia formará parte de la dogmática penal misma, pues no deja de constituir un método científico de investigación para el jurista orientado a la consecución de un sistema penal coherente (Polaino Navarrete, 2005: 844-845). Pero ello no implica que este criterio se constituya como una categoría dogmática autónoma en la teoría del delito: más bien es un criterio de interpretación que influye sobre la construcción y entendimiento de una categoría dogmática (la tipicidad). Se trata de interpretar restrictivamente una categoría dogmática ya existente que coadyuve a su entendimiento (a su afirmación o negación) desde una óptica teleológica. También la juris-

prudencia ha entendido que nos encontramos ante un principio interpretativo restrictivo. Así la STS 374/2011, de 10 de mayo (RJ 2011; 3741) consideró que el carácter típico del hecho puede excluirse cuando «aún apareciendo normalmente incluida en aquélla descripción, una interpretación restrictiva de la norma en sintonía con el principio de mínima intervención la excluya por no quedar suficientemente afectado bien jurídico alguno, ya que en definitiva sólo el ataque a éste justificaría la descripción de la acción típica».

El criterio de insignificancia no se obtiene de ninguna norma en particular, sino mediante el ejercicio de una interpretación teleológica (Rusconi, 1992: 74). El entendimiento de la insignificancia como principio interpretativo resulta por lo demás positivo, dado que el examen de un supuesto de hecho concreto, dotado de innumerables connotaciones y particularidades, reclama la utilización de criterios flexibles que permitan resolver con coherencia los diferentes casos que acontecen en una sociedad mutable. Los principios del Derecho son genéricos, abstractos y se encuentran sujetos a la prudente ponderación del juzgador, lo que no es una excepción en Derecho penal.

El principal problema que acarrea el principio de insignificancia es el de su contenido. A pesar de que el criterio de la insignificancia goza de amplia aceptación entre la doctrina penal, se ha alegado críticamente la indeterminación conceptual —o imprecisión terminológica— del término y su innegable carga de inseguridad jurídica (Flávio Gomes, 2006: 761). En la tarea de dotar de contenido a este criterio converge una doble traba: por un lado, la subjetividad en la apreciación del mismo; por otro, el carácter extremadamente valorativo de su apreciación. Todo ello puede convertir *de facto* a este principio interpretativo en un auténtico «cajón de sastre» de atipicidad, con sus consecuentes efectos poco o nada deseados (Navarro Massip, 2011: 55). Sin duda, esta es la *vexata quaestio* por excelencia cuando nos aproximamos al estudio de la insignificancia y su papel en la teoría jurídica del delito.

Algún sector de la doctrina ha rechazado que este principio pueda jugar papel alguno en la teoría del delito con el argumento de que no existe un límite claro entre lo que resulta insignificante y lo que constituye un ataque significativo para el bien jurídico. Sin embargo, como bien advierte Zaffaroni, siempre que el jurista se aproxima a la traducción de un elemento valorativo se enfrenta a «un espectro que va del blanco al negro, con infinitas gamas de gris en medio. Es absurdo pretender que porque hay zonas grises, todo debe ser negro» (Zaffaroni, 2005: 373). La dificultad valorativa no debe eliminar, sin más, la vigencia de principios racionales del Derecho penal. Aunque es evidente la dificultad de dotar de contenido al criterio de la insignificancia, podemos encontrar empeños por ello en la doctrina. Para no excederme del objeto principal de este trabajo, solo reflejaré —a título ejemplificativo— algunas de las opiniones doctrinales al respecto.

Según Navarro Massip, «no es posible acudir a un baremo "objetivo" de lo que debe quedar fuera del tipo, atendiendo a la insignificancia o a la adecuación de la conducta, por lo inespecífico y mutable de su contenido» (Navarro Massip, 2011: 55). Para este autor, no obstante, desde la teoría del tipo se puede obtener una explicación dogmática sobre el contenido de la insignificancia. En su opinión, esta exégesis pasa por excluir el desvalor de acción en supuestos de insignificancia: «Si la conducta no parece *ex ante* capaz de producir el resultado típico no podrá atribuirse a su autor» (Navarro Massip, 2011: 59). Entraría en juego, al nivel del tipo, el principio de lesividad, que coadyuvaría a delimitar la relevancia de determinadas conductas, de tal modo que si las mismas no son susceptibles de poner en peligro el bien jurídico protegido desde una perspectiva *ex ante*, habrán de considerarse atípicas por insignificantes.

Por su parte Silva Sánchez ha considerado que para valorar cuándo la conducta supone un riesgo especialmente grave para un bien jurídico penal habrá de atenderse a una doble vertiente: cuantitativa y cualitativa. Solo estas

conductas «entran dentro de lo que parece necesario, posible y lícito prohibir con una limitación de la libertad de acción de tanta intensidad como es la amenaza de pena» (Silva Sánchez, 2010: 630). A juicio del autor, esta configuración casa con un sistema orientado teleológicamente a la protección de bienes jurídicos, que no se limita en exclusiva a lo prohibido respecto a lo conforme a Derecho, sino que trasciende de lo anterior y se adentra en la cualificación del injusto penal como injusto auténticamente merecedor de pena, frente al resto de formas de conducta, como aquellas que resultan insignificantes.

Zaffaroni acude a la proporcionalidad para dotar de contenido al criterio de la insignificancia. Se exige cierta relación proporcional entre la lesión y la punición del hecho. Si de ese juicio se deduce una desproporción totalmente irracional del hecho con la pena que resulte aplicable, entonces estaremos ante un supuesto de insignificancia que no se hará merecedor de pena. Para Zaffaroni, «en todos los tipos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables, es posible concebir actos que sean insignificantes. Lo mismo cabe decir de los tipos de peligro, por ser este un concepto eminentemente graduable» (Zaffaroni, 2005: 372-373).

Para Rusconi, en fin, «los criterios de insignificancia no se obtienen ni del orden normativo en su conjunto, ni de alguna norma en particular, sino de una actividad de interpretación más o menos teleológica» (Rusconi, 1992: 74).

Estudiada la insignificancia —a grandes trazos, pero de forma suficiente en el marco de la investigación que nos proponemos realizar—, debemos dar respuesta a la pregunta sobre la posibilidad de que, transitando el camino de la atipicidad por insignificancia o irrelevancia del hecho, podamos alcanzar soluciones satisfactorias que permitan finalmente reflejar la *poena naturalis* en la *poena forensis*. La respuesta —fácilmente se puede aventurar tras la explicación dada— debe ser negativa.

Con base en el principio de oportunidad, es perfectamente posible renunciar al castigo penal (y antes, incluso, a su persecución) en supuestos de insignificancia, que pueden tildarse de atípicos mediante una interpretación teleológica que ponga como telón de fondo el interés protegido por la norma en virtud del principio de fragmentariedad y, en general, el intervención mínima. En estos casos nos encontramos con hechos atípicos porque el ataque al bien jurídico es mínimo, insignificante o ciertamente irrelevante, lo que permite legitimar ya antes la renuncia a la persecución en sede procesal penal. Esto es lo que ocurre precisamente en nuestro sistema procesal actual; en concreto, tras la reforma operada por el apartado diez de la disposición final segunda de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la LO 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el actual artículo 963.1 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone lo siguiente: «Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado […]». Esta norma —hoy ya de Derecho positivo— permite al juez acordar el sobreseimiento de la causa cuando, a solicitud del Ministerio Público, concurran dos circunstancias: por un lado, que se trate de un delito leve de escasa gravedad (insignificante) y, por otro, que no haya interés público en la persecución del hecho. Se trata de un supuesto de oportunidad reglada que permite el archivo de la causa en supuestos de insignificancia.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en supuestos de pena natural, en los que, al menos en la mayor parte de los casos, la lesión al bien jurídico es relevante, significativa, y fragmentariamente encaja en el tipo con total precisión, sin que la intervención mínima y tampoco una exégesis teleológica del ilícito cara al bien jurídico permita afirmar que el hecho deviene atípico. Por ello, ni siquiera el actual art. 963.1 de la LECRIM. resulta adecuado para solucionar problemas en orden a supuestos de pena natural.

En algunos sistemas, como se ha visto, se equiparan los supuestos de pena natural a los de insignificancia y se pone a ambos bajo el mismo manto de la oportunidad; pero ello no debe conducirnos a afirmar que estamos ante idénticos grupos de casos ni que en ambos supuestos pueda afirmarse la atipicidad del hecho. No es posible explicar la procedencia de no sancionar (o sancionar menos) por el hecho de que el autor, al matar a alguno de sus allegados aun de forma imprudente, o lesionarse a sí mismo a consecuencia de su actuar delictivo, sufre un inmenso padecimiento, un mal, calificar el hecho como insignificante y, por ello, atípico o no perseguible penalmente: en estos casos (pena natural) se ha producido una lesión considerable y grave de un bien jurídico ajeno, por lo que no existe insignificancia. Por ello, aunque en ocasiones la insignificancia y la *poena naturalis* encuentren acomodo y regulación legal conjunta bajo el paraguas del principio de oportunidad, son supuestos diferentes y su fundamento es distinto. Y, desde luego, en el caso de la pena natural, la solución no es la de atipicidad por insignificancia del hecho típico (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1129).

2.2. NO PUNIBILIDAD O ATENUACIÓN DE LA SANCIÓN POR INNECESARIEDAD DE PENA EN SUPUESTOS DE *POENA NATURALIS*

Otra de las posibilidades esgrimidas por algún sector doctrinal apunta a una solución que pasa por la atenuación de la pena o incluso por la no punición del hecho mismo en supuestos que puedan calificarse de *pena natural*, con apoyo en un fundamento basado en una significativa reducción de la necesidad de pena o de su total innecesariedad en tales casos. Como puede comprobarse, se trata más de una línea argumental sobre el fundamento de la institución aquí analizada que sobre las posibilidades de reflejo de los efectos dimanantes de una pena natural en la pena forense aplicable. En efecto, esta postura llega a la conclusión —idéntica a la del resto de soluciones que estamos estudiando— de que cuando el sujeto que comete el delito sufre un mal en sí o en sus allegados como consecuencia directa de su actuación, la pena forense deberá ser atenuada o incluso completamente anulada. Sin embargo, no ofrece respuesta sobre cuál debe ser la fórmula legal que conduzca a adoptar tal solución en nuestro Derecho positivo y se limita a explicar las razones o fundamentos que sostienen tal solución: la de una limitada necesidad de pena que, incluso en ocasiones, llegaría a tornarse en una completa innecesariedad de aplicación de la misma. Encontramos así que en los supuestos de pena natural, la pena forense resultará menos necesaria o completamente innecesaria, y de ahí su menor aplicación o su absoluta no aplicación.

Esta línea de pensamiento parte de que los sufrimientos postdelictuales padecidos y generados por la conducta delictiva deben valorarse como «castigo inicialmente metajurídico que reduce la culpabilidad sancionable y la dimensión de la pena necesaria» (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1137). Así, por ejemplo, en relación con la regulación alemana, Jescheck y Weigend han sostenido que en los supuestos de pena natural por infracciones castigadas con una pena que no supera el año no puede reconocerse ninguna necesidad preventiva de sanción penal. Aciertan los autores al matizar que, dado que la fórmula del parágrafo 60 del Código Penal alemán contiene una solución de «todo o nada» y que permite la retirada completa de pena, pero no su simple atenuación, entonces manifiestamente debe tratarse de una

pena totalmente innecesaria que conduce a dispensar de todo castigo al sujeto (Jescheck y Weigend, 2002: 929). Esta interpretación es defendida también en nuestro país por Choclán Montalvo (1999).

A pesar de que entremezcle diversas razones en su exposición, resultan claras las palabras de Redondo Hermida cuando explica —y defiende— la innecesariedad de la pena (o menor necesidad de la misma) en supuestos de *poena naturalis*: «Si el autor de un delito padece graves sufrimientos como consecuencia de su ejecución, como si por consecuencia de su obrar descuidado produce la muerte de su pequeño hijo, ¿qué sentido o necesidad tiene la pena allí?, o, en todo caso, ¿tiene mayor sentido o necesidad en este caso que en los usualmente reconocidos en forma expresa por las legislaciones penales? Es claro que la imposición de una pena (y más aún de una tan estigmatizante como la privativa de libertad) no tiene, en un caso como el citado, más que una función de mero castigo innecesario e inconveniente. La imposición de una pena para los supuestos de la llamada "pena natural" violentaría abiertamente el principio de estricta necesidad de la pena. A su vez, importaría una reacción estatal verdaderamente cruel, con lo cual se estaría transgrediendo el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Por supuesto que, a su vez, ello sería desconocer el principio de racionalidad de los actos de gobierno y razonabilidad de las decisiones judiciales, resultando la pena en concreto una respuesta del Estado incapaz de servir para el cumplimiento de fin de "reinserción social" que las normas fundamentales atribuyen a su ejecución» (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.). Como he apuntado, este autor mezcla razones diferentes en su argumentación, pues aúna a la innecesariedad de pena el principio de humanidad de las penas y la racionalidad de los actos de gobierno y jueces. Quedémonos aquí, no obstante, con el criterio de la menor necesidad de sanción penal en supuestos de *poena naturalis.*

Más allá de que, como digo, nos encontremos ante una línea de pensamiento que se centra en indagar el fundamento o la razón de ser de la institución, pero no en ofrecer soluciones prácticas para alcanzar, por la vía de nuestro Derecho positivo, un reflejo real de la pena natural en la pena forense, en adelante dedicaré unas líneas a indagar en los pilares de esta tesis.

Cuando nos aproximamos a conceptos como el de *necesidad de pena,* tan poco cultivado en nuestra doctrina (sí, por el contrario, en la alemana), debemos fijar una concepción personal que permita contornear este concepto, su ubicación sistemática y su papel en la teoría del delito. A mi juicio —como he defendido en otros trabajos (Bustos Rubio, 2015: 189 ss.)—, el concepto de *necesidad de pena* se encuentra íntimamente imbricado con la categoría de la punibilidad en Derecho penal como elemento ajeno al propio delito.

La punibilidad puede entenderse como la posibilidad legal de aplicación de la pena al cumplirse los presupuestos necesarios para que un hecho típico, antijurídico y culpable pueda ser castigado (Gómez Rivero, 2010: 305). En determinados tipos delictivos se han previsto por el legislador ciertos elementos cuya concurrencia o ausencia determina la imposición o la exclusión de pena. Se trata de elementos que no pueden incluirse en las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad porque no responderían a las funciones que estas tienen asignadas y que, por tanto, vendrían a instalarse en una nueva categoría, ajena al delito: la *punibilidad.* El problema radica en que los elementos que conforman la punibilidad son componentes de muy diversa índole, de distintos significados y con diferentes funciones. Es difícil, por tanto, dotar de un contenido exacto a la punibilidad, pues en la misma converge un revoltijo de elementos muy heterogéneos y de contenido muy dispar (Bustos Rubio, 2015: 200).

La doctrina explica el contenido y la propia existencia de la punibilidad acudiendo a razones de política criminal, de oportunidad,

razones de política jurídica o de conveniencia o inconveniencia de la intervención penal; todas ellas son ajenas al contenido del injusto y de la culpabilidad y se basan en las ideas de *merecimiento* o *necesidad* de pena, e incluso en la incidencia del comportamiento del sujeto en los fines preventivos de la pena (Pedreira González, 2010: 169). En puridad, es tarea ardua reconocer la existencia de un fundamento único que resulte extensible por igual a todas y cada una de las cláusulas que se agrupan bajo la rúbrica *punibilidad.* A mi modo de ver, existen esencialmente dos líneas de fundamentación en esta categoría: una apoyada en criterios de política criminal —o, en general, de política jurídica— y otra que recurre a criterios de necesidad o innecesariedad de pena en atención a los fines preventivos de aquella (Bustos Rubio, 2015: 201 ss.). Sobre la primera línea no me detendré aquí porque no resulta relevante a los efectos de este estudio; sobre la segunda, por el contrario, resulta obligado hablar.

En efecto, algunas instituciones que pertenecen a la categoría de la punibilidad pueden responder a criterios de necesidad de pena, en atención a los fines preventivos de la misma (Mendes de Carvalho, 2007: 198-203; García Pérez, 1997: 49-57). Algunos autores entienden que en la punibilidad entran en juego dos conceptos poco precisos: merecimiento (*Strafwürdigkeit*) y necesidad (*Strafbedürftigkeit*) de pena, lo que aconsejaría en ocasiones el establecimiento de ciertas cláusulas que condicionen, de una u otra manera, la punibilidad de un hecho. Como he defendido, la pena es *merecida* desde que se afirma que el hecho es antijurídico y culpable (o mejor: personalmente imputable), pues es este un juicio de desvalor que incide sobre el hecho (en ocasiones sobre lo antijurídico del hecho, y en otros casos sobre lo culpable o personalmente imputable del mismo). Cuando hay delito, la pena es ya, por tanto, merecida. Distinta es la *necesidad* de pena: esta, una vez ya es merecida, puede ser o no necesaria, según su conveniencia o inconveniencia en atención a múltiples criterios; entre ellos por ejemplo, si se han cumplido (y en qué medida) los fines de la pena (prevención general/especial), si existen medios menos lesivos para el castigo o si la pena es, en definitiva, útil o idónea para hacer frente al delito. Afirmar la necesidad de pena implica que previamente existía merecimiento de la misma; por el contrario, afirmar el merecimiento de pena no conduce inexorablemente a asentir en la necesidad de pena. O, lo que es lo mismo: el merecimiento es *conditio sine qua non* de la necesidad de pena, mas no al revés.

Cuando un determinado hecho revela la *innecesariedad* de pena en un supuesto particular, entonces podrá condicionarse la punición del mismo al cumplimiento o el incumplimiento de determinados requisitos vinculados a ese hecho concreto (condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias…). Si no puede acreditarse la innecesariedad de pena, el fundamento de la cláusula de que se trate, ubicada en sede de punibilidad, no podrá responder a una ausencia de necesidad de la pena. Si, pese a haber necesidad de pena, no se castiga es porque la necesidad de pena ha de retroceder ante otras finalidades del Estado, finalidades que pueden ser político criminales o político jurídicas generales.

Por clarificadoras, expongo en adelante las palabras de Alcácer Guirao, que, si bien en referencia a la institución del desistimiento de la tentativa, explica con claridad la idea de necesidad de pena ante el delito: «Tanto la lesión del bien jurídico como la puesta en peligro del mismo son hechos ya irrevocables; ni el autor ni la pena pueden ya modificar algo que queda en el pasado. En cambio, con la realización de una conducta delictiva se produce también un "daño" social que, dada su naturaleza simbólica, sí es susceptible de revocación: con la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico el autor expresa que la norma no es una pauta social de conducta válida, lo que produce un quebrantamiento de la vigencia de las normas. Tras la realización de un delito, los ciudadanos ya no pueden confiar en que las normas serán respetadas por los demás, dado que tanto su vigencia como su poder de persuasión (ya

por el componente valorativo de las mismas, o por su efectividad coactiva a través de la amenaza de pena) han quedado desautorizados. Para reafirmar esa vigencia es para lo que ha de imponerse la pena: con la pena la sociedad viene a desautorizar la validez del mensaje del autor del delito, reafirmando que las normas deben respetarse y que además posee mecanismos coercitivos para hacerla respetar. Por ello es necesaria la imposición de la pena: con ella se revoca el daño simbólico producido por el delito. Ahora bien, en ocasiones, la vigencia de la norma puede ser reafirmada por el mismo autor: ello es lo que contempla el desistimiento. Con la acción del desistimiento, el autor desautoriza su mensaje anterior, viniendo a expresar que la norma debe respetarse, que es una pauta de conducta vinculante. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el desistimiento viene a realizar la misma función que la pena, apareciendo, sí así quiere llamarse, como un equivalente funcional de la misma. Por ello con un desistimiento eficaz se hace innecesaria la aplicación de la pena: porque con la acción de desistimiento es el mismo agente el que viene a reafirmar la vigencia de las normas. De igual modo, en la atenuante de reparación puede afirmarse una menor necesidad de pena, dado que el agente, con su *actus contrarius* dirigido a favor de la víctima, viene a expresar, revocando su mensaje anterior, que el bien jurídico (ya lesionado) ostenta un valor digno de respeto. En suma, ambos pueden ser definidos como "actos positivos de revocación"» (Alcácer Guirao, 2001: 99-100). En los supuestos expuestos por el autor (desistimiento, reparación del daño), parece claro que puede afirmarse, al menos, una reducida necesidad de sanción penal que permite la atenuación de pena dada por nuestro sistema penal a tales casos.

Y precisamente aquí encontramos la contestación a esta línea de pensamiento. Cuando hablamos de *poena naturalis* nos encontramos ante *sufrimientos postdelictivos,* pero en ningún caso ante *comportamientos postdelictivos* (como pueden ser, por ejemplo, la reparación del daño o el desistimiento en la tentativa) con los que el sujeto *demuestre*, con un actuar positivo, una reducida necesidad de pena. Los sufrimientos posteriores del sujeto, a consecuencia de su propio actuar delictivo, perfectamente pueden constituir supuestos de pena natural que podrán ser tenidos en cuenta por el juez en la determinación de la pena forense aplicable por las razones esgrimidas más arriba. Pero tales sufrimientos son completamente ajenos a la voluntad del sujeto y no pueden ser equiparados a circunstancias postdelictivas que implican, en según qué formas, un reconocimiento por el agente de la norma violada o el propósito de resarcimiento, reparación o remedio del daño causado que compensen el hecho delictivo perpetrado (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1138).

En supuestos de pena natural no se produce una menor necesidad de pena en el sentido acabado de estudiar, identificado en la teoría de los fines de la pena y en el comportamiento postdelictual positivo o reparador del sujeto. En todo caso, se comprende una menor necesidad de pena *forense* por criterios de proporcionalidad o de humanidad de las penas, o una menor necesidad de pena *forense* porque ya la pena *natural* debe concebirse como un mal a descontar de la primera. Pero la lesión (o peligro) del bien jurídico tutelado en el delito que se trate se ha producido, y no se ha remediado o compensado por voluntad del sujeto, por lo que considero que, en lo que se refiere a los fines de la pena, la pena es igualmente necesaria. Es necesaria tanto desde la perspectiva de la prevención general como desde la de la prevención especial. Podrá devenir ciertamente desproporcionada en casos de *poena naturalis,* y de ahí que se permita indagar una atenuación de la pena forense en tales supuestos, pero la razón última no estribará en una menor necesidad de sanción demostrada por el comportamiento activo, reparador o conciliador del sujeto (como puede ocurrir en el desistimiento de la tentativa o en la reparación del daño), sino, como expuse al inicio de este estudio, en razones de proporcionalidad (*poena forensis/ poena naturalis*) o de humanidad de las penas.

2.3. ATENUACIÓN ANALÓGICA

Una tercera vía —que además cuenta con un alto grado de protagonismo en nuestro Derecho español— consiste en aplicar a los supuestos de pena natural la atenuante analógica (o de análoga significación) del art. 21.7º CP, que incluso puede llegar a aplicarse como muy cualificada, tal y como ha entendido el Tribunal Supremo en sus sentencias 70/2005, de 26 de enero; 1549/2004, de 27 de diciembre; 2039/2002, de 9 de diciembre; y 1911/2002, de 18 de noviembre, entre otras.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado el estudio sobre la posibilidad de que la *poena naturalis* tenga su reflejo en la *poena forensis* con efectos atenuadores en un caso recogido en la Sentencia 806/2002, de 30 de abril: una mujer en situación de pobreza extrema, con tres hijos y uno de ellos gravemente enfermo, pendiente de un inminente desahucio, aceptó transportar ocho paquetes de cocaína dentro de su cuerpo de Bogotá a Milán, haciendo escala en Barajas, donde fue detenida. En el hospital, la mujer expulsó parte de la droga, pero alguno de esos paquetes se rompieron en el intestino; esta circunstancia le ocasionó un riesgo de muerte por intoxicación por el que fue intervenida quirúrgicamente hasta en dos ocasiones y sufrió importantes secuelas a causa de la extirpación de parte de intestino. La sentencia de instancia condenó por tráfico de drogas, pero atenuó la sanción por (a) estado de necesidad incompleto, y (b) atenuante analógica de pena natural por los padecimientos sufridos por esta mujer, a causa de su propia conducta delictiva (art. 21.7º CP).

La referida sentencia del Alto Tribunal, por el contrario, negó la posibilidad de admitir una atenuante analógica derivada de la valoración como «castigo metajurídico que reduce la culpabilidad sancionable y la dimensión de la pena necesaria» o «castigo extrapenal o pena natural nacida de la propia conducta típica de la procesada». El Supremo no encontró analogía con ninguna circunstancia atenuante contemplada expresamente en nuestro Código Penal, si bien centró su análisis en la comparativa con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas en la causa (hoy expresamente contemplada en nuestro Código Penal): «La única posible excepción al criterio jurisprudencial que exige la correlación con alguna de las atenuantes típicas para aplicar la analogía del art. 21.6 CP. [hoy 21.7º] es la que establece esta misma Sala en los casos de dilaciones indebidas», señaló. Para el Tribunal Supremo, los daños y padecimientos sufridos por la acusada «no traen causa de la violación de algún derecho de esta que hubiera sido quebrantado por los órganos judiciales que instruyeron y enjuiciaron el proceso y que según lo dicho […] pudieran ser reparados con una minoración de la responsabilidad criminal en que incurrió la autora del delito […] El infortunio (de la autora) aparece así ajeno a toda realidad jurídica con eventual incidencia en la culpabilidad». En consecuencia, según este entendimiento del Tribunal Supremo no es posible apreciar atenuante analógica por los sufrimientos del sujeto derivados de su propia actuación antijurídica (*poena naturalis*), porque no es posible establecer una comparación con la idea genérica de una «ignorada atenuante específica» (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1136-1137).

De otra opinión es, sin embargo, Choclán Montalvo, quien ha considerado que «la pena natural es una circunstancia análoga a la tenida en cuenta por el legislador en determinados tipos de la parte especial (arts. 146 y 158 referidos al aborto y a las lesiones al feto por imprudencia grave) y denota la menor necesidad de pena de forma análoga a otras circunstancias típicas de la parte general». Continúa este autor arguyendo que los daños físicos sufridos por la autora del delito, en el ejemplo anteriormente expuesto, «constituye[n] ya un importante castigo […] la función compensatoria de la culpabilidad que corresponde a la pena se ha cumplido en parte al margen de la *poena forensis* […] la pena natural tiene un reconocimiento en nuestro Derecho. No se trata de la aplicación de una atenuante *extra legem*» (Choclán Montalvo, 2002: 1221 ss.).

Por su parte, Bacigalupo ha sostenido una equiparación entre la atenuante de dilaciones indebidas y los supuestos de pena natural según la cual ambos suponen una compensación de la culpabilidad. En el caso de la *poena naturalis*, tal compensación se produce «cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión de un delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena. Estos males pueden ser jurídicos o naturales. Los últimos dan lugar a la tradicional figura de la *poena naturalis*» (Bacigalupo, 1999: 44).

Sin embargo, como pone de manifiesto algún autor (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.), en los últimos años la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado un giro sorprendente en su concepción de la pena natural y en su análisis de la vía por la que esta pueda tener su reflejo en la pena forense. En este sentido, la sentencia del Alto Tribunal de 5 de junio de 2008, en defensa de la aplicación de la atenuante de análoga significación, expuso lo siguiente: «En el derecho vigente no existe una norma semejante […] ello no impide una interpretación de las atenuantes de análoga significación, reconocidas en el Código Penal, conforme al principio constitucional de culpabilidad, es decir, el que determina no solo que no hay delito sin culpabilidad, sino que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad de la culpabilidad por el hecho […]. La jurisprudencia de esta Sala ha superado la antigua concepción que basaba la analogía de la circunstancia atenuante con el aspecto morfológico de las otras atenuantes contenidas en el art. 21 del Código Penal. Actualmente predomina, como criterio determinante de la analogía, la menor culpabilidad por el hecho, o el efecto compensador de la culpabilidad por el hecho de las que operan después de la comisión del delito […]. El mal fáctico sufrido por el autor en la comisión del delito puede ser considerado atenuante, porque evidentemente tiene una significación análoga a las demás atenuantes […]. El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor». La consecuencia de este proceder interpretativo es la posibilidad de una atenuación analógica, incluso muy cualificada, en supuestos de pena natural, a pesar de que no exista semejanza morfológica respecto al catálogo de circunstancias atenuantes expresamente previstas en nuestra legislación.

No comparto la argumentación que defiende que el recurso a la atenuante de análoga significación del art. 21.7º CP. pueda ser la vía para canalizar los efectos de la *poena naturalis* sobre la —finalmente aplicable— *poena forensis* en nuestro sistema penal. Por más que la intención sea loable, la verdad es que la circunstancia del apartado séptimo del art. 21 CP. permite la atenuación de la sanción penal por «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores», y el hecho cierto es que, en tanto no se produzca esa análoga significación, no podrá aplicarse una atenuación de pena forense apoyada en los efectos de una pena natural. No es posible ensalmar el art. 21.7º CP como pretendida solución ante estos supuestos acudiendo simplemente a la idea general de una culpabilidad disminuida o a una reducida necesidad de pena, pues son supuestos que, al no tener un referente o equivalente funcional entre los señalados en los apartados uno a seis del art. 21 CP, no pueden resultar de análoga significación (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1142). En lo que resta, cuando el Tribunal Supremo se refiere al «efecto compensador de la culpabilidad por el hecho» de las circunstancias que operan después de la comisión del delito, parece referirse no tanto a supuestos de *poena naturalis* como a supuestos de comportamientos postdelictivos positivos o de signo reparador (*v. gr.*, la reparación del daño o el desistimiento voluntario de la tentativa), que, como ya se ha explicado en un epígrafe anterior de este trabajo, bien pueden atenuar o hacer menos necesaria la pena en el caso que se trate, al contrario de lo que ocurre con los supuestos de pena natural, que en modo alguno podemos tildar de comportamientos postdelic-

tivos; se trata, efectivamente, de «sufrimientos postdelictivos» en la figura del autor o de sus allegados, pero en ningún caso resultan equiparables a los tradicionalmente denominados comportamientos postdelictivos, de carácter positivo o compensador, que hacen al autor del delito «ganarse» una reducción o incluso una desaparición de la pena, por menor necesidad preventiva en aquélla.

Es cierto que podemos encontrar multitud de resoluciones del Alto Tribunal que apoyan la posibilidad de dar cabida a los supuestos de *poena naturalis* en nuestro sistema a través de la atenuante de análoga significación. En este sentido, el Tribunal Supremo ha superado su concepción inicial (a mi juicio, más conforme con el principio de legalidad penal) y ya no es necesario indagar en una similitud formal, morfológica, gramatical o descriptiva ni a la identidad de un significado externo, sino más bien a una semejanza de valor o de sentido, de tal modo que esa «análoga significación» se establezca a partir del sentido informador de todas las atenuantes consideradas en su conjunto, como un todo (STS 677/1999, de 29 de abril). La atenuante en cuestión se entiende aplicable sin la exigencia de una correspondencia absoluta con la que sirve de tipo, pues ello, según entiende el Supremo (STS 426/2005, de 6 de abril) sería lo mismo que hacer inoperante su aplicabilidad en la práctica. Según esta jurisprudencia, para la aplicación de la atenuante del art. 21.7º CP, es necesario constatar: 1) una menor culpabilidad fundamentada en que la conducta del sujeto tenga relación con las atenuantes específicas de que se trate y aparezcan probados hechos de análoga significación a los específicamente contemplados en el texto legal, contraste que debe efectuarse con cierta flexibilidad para evitar los inconvenientes de un sistema cerrado de circunstancias (STS 677/1999, de 29 de abril); y 2) que existan entre los supuestos legales (circunstancias primera a sexta del art. 21 CP) supuestos suficientes para su apreciación y se compruebe si existe una verdadera semejanza entre la circunstancia concurrente y la que se exige con carácter específico, sin olvidar que los términos de dicha comparación no son morfológicos o estructurales, sino de fundamento y valor (SSTS 1110/1995, de 8 de noviembre; y 1050/1999, de 18 de octubre). En este sentido interpretativo, incluso, se señaló por la STS 426/2005, de 6 de abril, que no es preciso que la analogía se refiera a cualesquiera de las circunstancias expresamente señaladas en el art. 21 CP y que para apreciar esta atenuante de análoga significación basta que se constate la idea básica que inspira el sistema de circunstancias atenuantes, es decir, una menor entidad de injusto o culpabilidad en la conducta del autor del delito, un menor reproche a la misma o la utilidad de los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva político criminal.

Como ya avancé más arriba, no estoy conforme con esta línea interpretativa, como, por otra parte, ni siquiera lo está el propio Tribunal Supremo en algunas de sus resoluciones. Así, en su STS 1050/1999, de 18 de octubre, el Alto Tribunal subrayó el contrasentido de afirmar la exigencia de un determinado requisito incluido por el legislador entre los integrantes de una determinada circunstancia atenuante, configurada sobre la base de un conjunto de elementos constitutivos, y afirmar a la vez su irrelevancia jurídica por la vía de encuadrar la parcial concurrencia de los restantes en el ámbito de la atenuante por analogía, obteniendo por este procedimiento, y en todo caso, un efecto atenuador similar.

Entiendo, en fin, que no es posible apreciar atenuantes por analogía cuando faltan elementos esenciales de contraste o comparación: ello supondría crear atenuantes incompletas que la ley no ha previsto y sobrepasar, en según qué casos, el principio de legalidad (en este sentido: SSTS 1873/2002, de 15 de noviembre; y 22/2005, de 17 de enero, entre otras). Y ello por más que, *de facto* y en la práctica, el Tribunal Supremo esté asumiendo esta solución, que permite hoy atenuar la pena forense en supuestos de *poena naturalis* por la vía del art. 21.7º CP. Por lo demás, con el proceder interpretativo apuntado *supra* tampoco

se entendería por qué el legislador dio expresa cabida en el Código Penal a la nueva atenuante de dilaciones indebidas si ya podía ser perfectamente interpretada (como *de facto* lo era; véase el pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999) y aplicada por la vía de al atenuación analógica. Por ello, considero que la *poena naturalis* no puede tener su reflejo en la *poena forensis* a través de la fórmula de la atenuación analógica prevista en el art. 21.7º de nuestro Código Penal. Más bien estaría conforme con una reforma del texto legal que, como ya ocurrió con el supuesto de las dilaciones indebidas, incluyera por el propio legislador los supuestos de pena natural (oportunamente delimitados, como se ve en los ordenamientos de otros países) entre el catálogo de circunstancias atenuantes del art. 21 CP. Sin embargo, a pesar de esta propuesta de *lege ferenda,* resta todavía dilucidar si, de *lege lata,* es posible dar cabida a la pena natural en nuestro sistema penal y reflejar sus efectos en la pena finalmente aplicable.

2.4. NO PERSEGUIBILIDAD DEL HECHO. REMISIÓN A OTRO LUGAR

Otra solución planteada por la doctrina científica pasa por afirmar la no perseguibilidad del hecho en supuestos (determinados) de pena natural. De esta forma, cuando se produjese un daño al propio sujeto activo del delito o de sus allegados derivado directamente de su proceder delictivo, se permitiría la no iniciación del proceso penal por existencia de una pena natural ya aplicada.

En palabras del autor ecuatoriano Yávar Umpiérrez, «habrá o no desproporción en querer aplicar una pena privativa de libertad a una abuela sorda que al no oír los gritos de su hija atropelló y mató a su propio nieto, cuyo remordimiento la acompañará sin duda hasta el día de su muerte; desde el momento en que dio fin a la vida de su nieto esa abuela cumple una cadena perpetua de recriminaciones endógenas y exógenas por parte de la familia. Querer continuar con el proceso penal en su contra significaría no solo congelar la muerte de un nieto sino aumentar el dolor de esa familia con una abuela presa. Ante el caso planteado solo nos parece exagerada la reacción estatal punitiva en el caso concreto por las consecuencias para el autor, porque nadie se cuestiona —en forma general— la constitucionalidad de la sanción de un homicidio culposo ocasionado en la circulación vial» (Yávar Umpiérrez, 2013).

Pese a que esta pudiera ser una solución óptima (y no le falta razón al autor en sus palabras), la posibilidad de no persecución de un hecho delictivo solo es real si la propia ley lo permite. Ya vimos, al analizar los supuestos de atipicidad por insignificancia, que en numerosos sistemas latinoamericanos el legislador, en aplicación del principio de oportunidad procesal, permitía la no perseguibilidad del hecho en determinados supuestos de pena natural (siempre que se cumpliesen ciertos requisitos, como el de la imprudencia, o el de un límite máximo penológico de aplicación). En definitiva: establecía condiciones objetivas de no perseguibilidad para estos casos. Me remito a aquel lugar de la investigación para su contraste. Baste en este instante con señalar que en nuestro Derecho positivo no existe soporte legal para no perseguir supuestos de pena natural. Por el contrario, hay supuestos de insignificancia, tal y como señala el ya analizado art. 963.1 LECRIM: «Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado […]». Esta disposición, por las

razones que ya expuse *supra,* no resulta extrapolable en modo alguno a los supuestos aquí estudiados de *poena naturalis.*

Por ello, no me parece una vía útil para dar solución al problema que aquí me estoy planteando: el de reflejar la existencia de una *poena naturalis* en la pena forense aplicable. Como señala Manjón-Cabeza Olmeda (2008: 1146), «la opción procesal por la no persecución podría inscribirse en una reforma de más amplio alcance tendente a la incorporación del principio de oportunidad junto con el de obligatoriedad, lo que […] debería hacerse como oportunidad reglada (definición del ámbito, límites y requisitos) y con control judicial».

2.5. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA: GRAVEDAD DEL HECHO Y CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL AUTOR. A SU VEZ, UN ESTUDIO SOBRE EL ART. 66.1.6º CP

En su sentencia de 9 de octubre de 2002, el Tribunal Supremo entendió que la pena natural no era más que una circunstancia del hecho punible y del autor, que podía ser tenida en cuenta en el momento de imponer la correspondiente pena dentro de los márgenes mínimo y máximo de penalidad previstos por el Código Penal para el delito en cuestión: «Si la culpabilidad debe ser la medida de la pena, en la medida que esta debe compensar aquella, cuando se han derivado perjuicios concretos, o se han asumido riesgos serios para la salud como ocurre en los supuestos de los correos de la droga que utilizan su cuerpo, procede atemperar la pena a la realidad de esa situación».

La última de las soluciones para reflejar la *poena naturalis* en la *poena forensis* pasa por acudir, como hizo el Tribunal Supremo en la sentencia citada, a la fórmula de individualización de la pena prevista en el art. 66.1.6º CP: «Cuando no concurran atenuantes ni agravantes [los tribunales] aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho». Este precepto, introducido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, constituye una regla *open ended clause* sumamente abierta que permite al juez o tribunal actuar con cierta discrecionalidad. Más allá de ello, puede ser, de *lege data,* la única solución posible para tener en cuenta en la pena forense los supuestos de pena natural sufridos por el sujeto activo del delito en cuestión. Para ello, no obstante, creo procedente acudir al estudio de este extremo normativo.

El art. 66.1.6º CP contiene una previsión penológica de recorrido de toda la extensión de la pena, desde su límite mínimo y hasta su límite máximo. Nos encontramos ante lo que se ha denominado «discrecionalidad máxima» del juzgador a la hora de valorar el supuesto en cuestión y asignarle una pena determinada, pues la regla de este precepto no está sujeta a otro control de superior prevalencia que el que la propia conciencia imponga, y es diferente a aquellas otras discreciones que, en el juego de apreciaciones subjetivas diferentes según circunstancias fácticas o propósitos de intenciones, comportan auténticos juicios de valor sometidos a trámite casacional, sin que en modo alguno, no obstante, deba confundirse esa discrecionalidad con una arbitrariedad o con la no explicación de las resoluciones judiciales o del porqué de una determinada decisión; empero, cuando aquellas funciones discrecionales (cuasi absolutas, como digo) sobrepasen los condicionamientos a que están sometidas, procederá la casación si en la resolución se pone de manifiesto de forma incuestionable una equivocación o error valorativo sufrido por el sujeto juzgado, infringiéndose con ello la legalidad con quebranto de las garantías dispuestas en este precepto (STS 1070/2004, de 24 de septiembre).

En el precepto analizado se pueden encontrar dos extremos diferenciados:

Por un lado, el de la *gravedad del hecho.* La jurisprudencia ha entendido que esto no es lo

mismo que la gravedad del delito, que ya ha debido ser tenida en cuenta por el legislador en el momento de establecer la banda cuantitativa de pena que atribuye a ese hecho delictivo determinado. Por el contrario, el precepto aquí se está refiriendo a todas aquellas circunstancias fácticas que el juzgador debe valorar para determinar la pena, que resulten concomitantes al supuesto de hecho que se juzga. Estos elementos pueden ser de todo orden; se establece así el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer (STS 1348/2004, de 25 de noviembre). Por ejemplo, dentro de la *gravedad del hecho* son valorables supuestos de dolo directo o eventual, el prevalimiento por parte del autor de una inferioridad física o psíquica de la víctima, la trascendencia social del ataque al bien jurídico protegido, la desconfianza que la comisión del delito pueda generar en una determinada población, las características del lugar y tiempo en que se cometió el hecho delictivo o la relación existente entre las partes, entre otras.

Por otro lado, el criterio de las *circunstancias personales del delincuente.* Se trata de todos aquellos rasgos propios de la personalidad del sujeto que, aunque no constituyen circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (por ejemplo, atenuantes), tienen repercusión en el momento de determinar la pena forense concreta (STS 1099/2004, de 7 de octubre). La jurisprudencia valora, en este sentido, los comportamientos postdelictivos del delincuente, sus circunstancias sentimentales y laborales, la existencia de algún antecedente que no configure reincidencia en sentido estricto de la agravante, el hecho de haber sido detenido o no con anterioridad por algún delito, los informes relativos a la salud mental del sujeto que, sin que supongan una disminución de su responsabilidad criminal, implican circunstancias personales apreciables al albur de esta norma, la especial peligrosidad (o no) del sujeto, etc. En general, pues, se trata de circunstancias o situaciones, datos o elementos, que configuran el entorno social y componente individual del sujeto, su edad, grado de formación intelectual y cultural, madurez psicológica, entorno familiar y social… Siempre sin llegar a constituir circunstancias modificativas de su responsabilidad penal (STS 1661/2000, de 27 de noviembre).

Ambas circunstancias deber ser objeto de motivación en la resolución judicial que se adopte. Aunque el legislador derogó en el art. 66.1.6º CP. la exigencia de «motivación» (*razonándolo en sentencia,* decía el antiguo 66.4º), ello no excluye en modo alguno la necesidad de continuar motivando en sentencia la individualización de la pena conforme a estos parámetros, si bien se admite que dicha motivación pueda no ser expresa y deducirse del conjunto de la resolución. Lo relevante es que en la sentencia consten las circunstancias personales del delincuente y la menor o mayor gravedad del hecho que justifiquen la imposición de la pena en un *quantum* determinado (STS 671/2004, de 19 de mayo). Ello es así no solo por interpretación garantista de nuestra jurisprudencia, sino en atención al art. 72 CP: «Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta».

Los jueces son soberanos para imponer la pena concreta dentro de la horquilla legal contemplada y según su prudente discrecionalidad. Deben señalar la pena forense definitiva teniendo en cuenta tales circunstancias y sin perder de vista el principio de proporcionalidad, actuando de manera ponderada mediante la puesta en relación de las características de la infracción y del autor con el oportuno castigo correspondiente (STS 1167/2004, de 22 de octubre). Es un juicio de proporcionalidad que corresponde primero al legislador, que señala en la ley los límites mínimo y máximo de la pena, y luego al juzgador que concreta e individualiza la pena aplicable. Como ha señalado la sentencia del Alto Tribunal 1070/2004, de 24 de septiembre, la legalidad marca siempre la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero esta racionalmente debe venir fijada por el legislador dentro de unos límites determinados,

más o menos amplios, en el interior de los cuales el «justo equilibrio de ponderación judicial» actuará como fiel calificador de los hechos, jurídica y sociológicamente.

Según alcanzo, la pena debe ser siempre entendida como un *mal.* Y según entiendo, no hay problema para que ese mal se traduzca en un binomio compuesto por dos males: por un lado, un mal que inflige el Estado al sujeto autor de un delito; por otro, el mal (posible) sufrido por el autor del delito como consecuencia directa de su comisión. El mal que se inflige por el Estado consiste en privar al sujeto de determinados derechos fundamentales y, en un plano destacable, del derecho a la libertad personal. El mal que sufre el autor a consecuencia de su conducta consiste en los daños que se derivan directamente de las circunstancias propias que rodean la actuación del responsable (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.). Siendo esto así, en principio nada impide tener en cuenta ese mal a la hora de valorar la «gravedad del hecho» y, en su caso, «las circunstancias personales del delincuente» a las que se refiere el artículo 66 de nuestro Código Penal como *poena naturalis.* Son postulados tan abiertos que, pienso, no impiden valorar en su seno supuestos de pena natural para atemperar la sanción penal dentro del límite legal que se señale para el determinado delito.

En palabras de Manjón-Cabeza Olmeda, «hoy por hoy, no existe en nuestro ordenamiento ningún mecanismo, penal o procesal específico, que permita dar entrada a la pena natural, más allá de tenerla en cuenta en las "circunstancias personales del autor", que sirven para la individualización final de la pena, o de utilizarla para fundamentar una petición de indulto parcial o total […] Estas circunstancias personales no se vinculan necesariamente al delito, pueden aparecer después del mismo y ser de lo más variado, llevándonos a la pena mínima por razones personales […] La mayor o menor gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, no son atenuantes o agravantes, no son circunstancias modificativas de la responsabilidad como las contenidas en los arts. 21, 22 y 23, sino que son unos variados criterios de otra naturaleza y no constituyen un catálogo cerrado al que se anuden rígidas consecuencias». Seguidamente, la autora añade: «Todo lo anterior permite decir que, en el momento actual, la única incidencia que puede tener la pena natural es aquella que cabe a través de las circunstancias personales del reo, al determinarse la cantidad concreta de pena a aplicar, o mediante la solicitud de indulto total o parcial» (Manjón-Cabeza Olmeda, 2008: 1143).

Como ha interpretado la jurisprudencia, el art. 66.1.6º CP tiene como trasfondo el principio de proporcionalidad. La pena debe respetar el postulado de proporcionalidad, básico en nuestro Derecho penal. El principio de proporcionalidad inspira nuestro *ius puniedi* y lo dota de contenido. En principio, corresponde al legislador penal delimitar el marco abstracto de pena imponible ante un determinado tipo penal, con una multiplicidad de criterios político-criminales que debe tener en cuenta, debiendo ser su actuación respetuosa con la dignidad de la persona y no sobrepasando la línea roja de la arbitrariedad. Para ello existe un control constitucional de la actuación del legislador, tal y como ha expresado la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, que sostiene textualmente: «El juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella». Ahora bien, corresponde a los jueces y tribunales adaptar la norma penal al concreto supuesto fáctico que se les presente. De ahí la importancia de la fórmula prevista en el art. 66.1.6º CP. Los postulados del principio de legalidad penal no permiten la atenuación o anulación de la

pena forense aplicable en supuestos de pena natural. No es posible atenuar en abstracto la sanción penal aplicable si la ley no permite arbitrar dicha actuación por nuestros tribunales (Redondo Hermida, 2009: 73 ss.). Sin embargo, sí permite, en virtud del mencionado artículo, tener en cuenta las circunstancias del hecho y del delincuente para fijar la pena forense definitiva. Y entre esas circunstancias se encuentran los supuestos de daños directamente derivados del proceder delictivo, esto es, de pena natural.

Si asumimos la idea de que, según se desprende del principio de culpabilidad, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad del autor (axioma tradicionalmente asumido por nuestra doctrina desde que Roxin tomase este único aspecto de la teoría retributiva de la pena, como ya adelanté *supra* en este trabajo), entonces el mal fáctico o natural sufrido por el autor del delito deberá descontarse del mal jurídico que representa la pena. El mal, por tanto, sea natural (*poena naturalis*) o jurídico (*poena forensis*), que debe soportar el autor del delito no podrá ser nunca superior al mal causado por él. En el resto de casos, habrá de tenerse en cuenta ese mal natural para reflejarlo en la pena forense finalmente aplicable.

Como ha expresado Redondo Hermida (2009: 73 ss.), «ciertamente, no existe en nuestro ordenamiento positivo vigente una expresa regulación del efecto compensador de la "poena naturalis" en la dosimetría de la reacción punitiva frente al delito con daños para su autor, pero ello sin duda no puede impedir que […] se atempere la reacción estatal con base en el principio de proporcionalidad y con arreglo a los postulados de justicia». Esto no implica, a mi juicio, acudir a soluciones como la atipicidad por insignificancia, innecesariedad de pena, atenuaciones por efectos discutiblemente análogos a los expresamente contemplados en el Código Penal o cuestiones de no perseguibilidad inexistentes en nuestro sistema. Ello supondría optar por un ejercicio, más que de interpretación, de imaginación o creación del Derecho al margen de los cauces legales previstos que vulneraría de forma flagrante el principio de legalidad.

Si tan seguros estamos de que la *poena naturalis* debe tener un mayor peso en nuestra legislación, hasta el punto de que, contrariamente, podría conculcarse el principio de culpabilidad, humanidad o proporcionalidad de las penas, entonces solicitemos abiertamente, de *lege ferenda,* una fórmula a la alemana o a la austriaca, o de propia configuración. Si, por el contrario, pensamos que la *poena naturalis* debe tener ya cierto reflejo (limitado) en la pena forense aplicable, entonces indaguemos soluciones válidas de acuerdo con nuestro sistema penal. Y la única solución válida que alcanzo a vislumbrar de *lege lat,* pasa por acudir a la fórmula (vaga y abierta, sí) del art. 66.1.6º CP, aún con las reservas que expondré en el último apartado de este trabajo.

3. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA:* LA INCORPORACIÓN DE SUPUESTOS DE *POENA NATURALIS* A NUESTRO CÓDIGO PENAL

Tal y como señalé en el epígrafe anterior, la única solución válida que de *lege lata* me resulta admisible para reflejar supuestos de pena natural en la pena forense pasa por la aplicación de la regla dispuesta en el art. 66.1.6º CP, que apunta a la gravedad del hecho y —en un plano destacable— a las circunstancias del autor para graduar la concreta pena aplicable.

Sin embargo, siendo esta la única «solución» que contempla nuestro Derecho positivo ante tales casos, debe señalarse que la vía del art. 66.1.6º no resulta en modo alguno satisfactoria para resolver el problema que nos planteamos. Si opta por esta solución, el juez siempre estará limitado a imponer una pena determinada dentro de los márgenes mínimo y máximo señalados por la ley, y aunque tenga abierta la posibilidad de imponer el mínimo le-

gal que esa ley le permite, nunca podrá reducir esa pena o atenuarla más allá de ese mínimo, lo que en muchas ocasiones impedirá solventar la tensión con el principio de proporcionalidad y, en su caso, de humanidad de las penas, siendo finalmente el *quantum* de la pena (forense y natural) superior a la culpabilidad del autor. En estos casos, es evidente que el recurso a la norma del art. 66.1.6º CP deviene insuficiente para solucionar el problema que nos venimos planteando.

Para Manjón-Cabeza Olmeda (2008: 1146), «admitiendo la conveniencia de dar en Derecho español un tratamiento penal o procesal propio al sufrimiento postdelictual que padece el autor como consecuencia de su delito, sería necesario definir la institución en el CP como caso de renuncia a la pena o atenuante específica incardinada en la punibilidad y delimitar su ámbito de aplicación, límites y requisitos». Tiene razón la autora cuando entiende que cualquiera de estas dos soluciones, material o procesal, requieren de un intenso ejercicio de meditación y discusión sobre ciertos extremos: la aplicación de la regla a delitos imprudentes o también dolosos, los sufrimientos previsibles o imprevisibles, los daños en la propia persona o también de sus allegados, la inclusión de ciertos delitos y no otros, la exigencia o no de reparación, el papel de la víctima, etc.

Aunque estoy de acuerdo con la necesidad de proporcionar un estatuto legal a este tipo de casos, creo preferible un cambio en lo que se refiere a nuestro Derecho penal material, sobre todo atendiendo a la fundamentación que explica estos supuestos. Por ello, pienso que procede exhortar al legislador a una reforma en el sentido de incluir entre el catálogo de atenuantes específicas de nuestro Código Penal los casos de *poena naturalis.* Como señala la última autora citada, tal configuración legal pasará por acotar al máximo dicha atenuante, señalando a qué casos resultará aplicable la norma y estableciendo límites cuantitativos y/o cualitativos a la misma. Desde una propuesta apoyada en la legislación austriaca y alemana al respecto (§34 y §60 de sus códigos penales, respectivamente), la circunstancia atenuante pudiera quedar contemplada de la siguiente manera entre el catálogo de las previstas en el art. 21 de nuestro Código Penal: «La de haber sufrido el autor o persona íntimamente ligada a él un daño físico o psíquico de gravedad como consecuencia directa del hecho delictivo cometido por el primero».

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2001): «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Poder Judicial*, 63, 71-120.

BACIGALUPO, Enrique (1998): «Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el Derecho Penal actual», *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Nueva Serie, 2, 141-164.

— (1999) «Principio de culpabilidad e individualización de la pena», en VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Dr. D. Ángel Torío López*, Granada: Comares, 33-48.

BUSTOS RUBIO, Miguel (2015): «Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, 35, 189-238.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (1996): «La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad», *La Ley*, 4168, 1514-1524.

— (1999) «La pena natural», *La Ley*, 4797, 1910-1916.

— (2002) «La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor. Reflexiones acerca de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2002», *Actualidad Penal*, 46, 1221-1238.

FLÁVIO GOMES, Luis (2006): «Infracciones de bagatela y principio de insignificancia», en F. Bueno Arús, H. Kury, L. Rodríguez Ramos y E. R. Zaffaroni (dirs.); J. L. Guzmán Dálbora y E. Serrano Maíllo (edits.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Dykinson, 753-765.

GARCÍA PÉREZ, Octavio (1997): *La punibilidad en el Derecho Penal,* Cizur Menor: Aranzadi.
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2009): *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal,* Madrid: Tecnos.
GÓMEZ PAVÓN, Pilar y Miguel BUSTOS RUBIO (2014): «Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal», *Revista Penal México,* 6, 169-190.
GÓMEZ RIVERO, María del Carmen (coord.) (2010): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte general*, Madrid: Tecnos.
GORDILLO SANTANA, Luis (2007): *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid: Iustel.
JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND (2002): *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Granada: Comares.
LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1995): «Causas de atipicidad y causas de justificación», en D. M. Luzón Peña y S. Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 21-44.
MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (2008): «La *poena naturalis* en el Derecho penal vigente», en C. García Valdés, A. Cuerda Riezu, M. Martinez Escamilla, R. Alcácer Guirao, y M. Valle Mariscal de Gante (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid: Edisofer, 1121-1148.
MENDES de CARVALHO, Erika (2007): *Punibilidad y delito*, Madrid: Reus.
NAVARRO MASSIP, Jorge (2011): «La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, 49-62.
OCTAVIO de TOLEDO y UBIETO, Emilio (1981): *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid: Sección de Publicaciones Universidad de Madrid.
PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María (2010): «La punibilidad», en G. Quintero Olivares, J. C. Carbonell Mateu, F. Morales Prats, N. García Rivas y F. J. Álvarez García, (dirs.); A. Manjón-Cabeza Olmeda y A. Ventura Püschel (coords.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena.* Tomo XIX, Valencia: Tirant lo Blanch, 163-166.
POLAINO NAVARRETE, Miguel (2005): «El valor de la dogmática en el Derecho penal», en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Thomsom Civitas, 837-852.
REDONDO HERMIDA, Álvaro (2009): «La "pena natural" en la jurisprudencia penal española», *La Ley Penal,* 61, 4.
ROXIN, Claus (2003): *Derecho penal parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas.
RUSCONI, Maximiliano (1992): *Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante*, Buenos Aires: Ad Hoc.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, (2010): *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* Buenos Aires: B de F.
— (2014) «¿Puede considerarse el remordimiento una "poena naturalis"?», InDret Penal.
YÁVAR UMPIÉRREZ, Fernando (2013): «La pena natural», *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil* [en línea], <www.revistajuridicaonline.com>. [Consulta: 23/02/2016.]
ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR (2005): *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar.

Fecha recepción: 10 de octubre de 2015
Fecha aceptación: 16 de mayo de 2016

CONCEPCIONES DE LA ACCIÓN

CONCEPTIONS OF ACTION

Jesús Padilla Gálvez

Profesor contratado doctor de Filosofía
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Este trabajo repasa el significado del concepto «acción». Se analiza la definición estándar asentada en una estructura nominal partiendo de la premisa de que actuar hace referencia a cualquier acción u omisión humana, guiada por determinados motivos y dirigida a ciertos fines. Seguidamente se desarrolla la propuesta predicativa de acción. Para ello, se postula que el significado de *acción* va indisolublemente acompañado de dos elementos: por un lado, su fuerte componente predicativo insertado en los *juegos del lenguaje* que expresan los hablantes; y, por otro, su exteriorización en una *forma de vida* determinada. Los rasgos esenciales del contenido de una acción se caracterizan mediante un esquema que se manifiesta en su orden explícito. El ordenamiento en el que se efectúa toda acción permite hacerse una representación perspicua de la misma. Dicho orden es analizado mediante su gramática, que se encarga de mostrar la acción como una institución enseñada y aprendida y externalizada en un programa holista.

PALABRAS CLAVE

Acción, Significado, Juegos del lenguaje, Formas de vida

ABSTRACT

The aim of this paper is to discuss the meaning of «action» and to analyze its standard definition in the form of a nominal structure. We start from the view that «to act» refers to any human action or its omission, which are guided by certain reasons and directed to certain ends. Taking into account the deficiencies of the nominal structure we aim to develop a predicative structure of action. We argue that the meaning of action is inseparably linked with two elements: first, the speaker verbalizes action in the form of language games that contain predicative components; and second, these components become manifest in a particular form of life. As such, the essential features of the content of an action become apparent by the explicit structure in which the speaker verbalizes actions. The order according to which every action is performed allows us to gain a perspicuous representation of it. An analysis of the grammar that accompanies action reveals the holistic program and established institution by which such action was taught, trained and acquired.

KEYWORDS

Action, Meaning, Language games, Forms of life

CONCEPCIONES DE LA ACCIÓN

Jesús Padilla Gálvez
Profesor contratado doctor de Filosofía
Universidad de Castilla-La Mancha

1. INTRODUCCIÓN

Cualquiera de nosotros se ha preguntado alguna vez por el significado del término «acción». Si no lo ha planteado directamente, se ha visto enfrentado a la obligación de discernir entre un movimiento producido por un reflejo involuntario —tal vez, la contracción de uno de nuestros miembros debido a la picadura de una avispa— y otro completamente distinto: por ejemplo, llevarnos la taza a la boca cuando tomamos una taza de café[1]. La distinción presume que respondamos así a la pregunta introduciendo una diferenciación entre el mero movimiento y el acto volitivo[2]. Estas soluciones vienen precedidas por la pregunta «¿qué *es* la acción?». Esta cuestión introduce el verbo copulativo «ser», que ha determinado el acceso al problema desde el origen mismo de la reflexión acerca del término «acción»[3].

Actuar hace referencia a cualquier acción u omisión humana guiada por determinados motivos y dirigida a ciertos fines. Por lo tanto, la acción debe distinguirse claramente de cualquier reacción motivada por alguna reacción causal inconsciente o que carezca de objetivo, de ahí que, como seguidamente veremos, se distinga la intención del acto mismo. Por ejemplo, alguien actúa cuando miente con el fin de obtener una ventaja o de ocultar algo que podría acarrearle una desventaja personal. Los motivos de nuestras acciones suministran las razones y los objetivos por lo que un agente actúa voluntariamente. Desde este punto de vista, se plantean cuestiones acerca de los medios para alcanzar determinados fines. Las acciones serán, pues, comprensibles si acreditan que con esos medios se consigue un fin deseado. Hasta aquí, la explicación estándar ha puesto a disposición todo un acervo conceptual, pero debe ser revisada. Esta propuesta adolece de una serie de inconvenientes, ya que exige que nos orientemos a una cierta estructura formal sin que revele el contenido mismo de la acción.

Supongamos que preguntamos a alguien que nos indique el mejor camino para llegar a un lugar determinado. En lugar de responder que no conoce dicho lugar, la persona consultada nos indica un camino equivocado. ¿Por qué actúa esta persona así? ¿Por qué miente? Para la propuesta estándar, el acto de mentir se asienta sobre presupuestos mentales, ya que actúa intencionadamente. Esta intencionalidad enuncia ciertos fines. Sin embargo, si estamos atentos, esta elucidación sigue sin aclararnos el significado del término «acción», pues se introduce subrepticiamente en la definición el término a definir. Se reitera así el término «actuar» indicando que la mentira hace referencia a una omisión con ciertas consecuencias sobre nuestras acciones de búsqueda. Paralelamente, se ha introducido una distinción arbitraria entre objeto e intención como estado mental que anticipa el futuro.

Pues bien, resulta pertinente indicar que la pregunta original está incorrectamente enunciada, dado que se basa en un malentendido que, a su vez, se apoya en el uso de una ambigüedad semántica. Volvamos a plantear la cuestión original: ¿Qué indagamos cuando formulamos la pregunta acerca del significado del término «acción»? ¿Qué deseamos saber? ¿Queremos averiguar lo que se *identifica* con la acción, es decir la «acción» misma o la «omisión», por defecto o simplemente queremos conocer las *propiedades* que se adscriben a una acción, es decir, el objeto mismo de la acción y su intención? ¿Buscamos una *caracterización* de la misma mediante un ejemplo sacado de la experiencia cotidiana, como por ejemplo cuando se miente o simplemente queremos saber qué tipo de movimiento caracteriza una acción, asunto que incorpora cuestiones relativas a los *fines* y los *medios* que confieren una acción? Podríamos seguir preguntando sobre el modo en que *cuantificamos* una acción, etc. Todo este proceso pretende vincular un atributo al término «acción» de modo que nos informe de una cualidad, estado o característica de la propia acción. Ahora bien, si analizamos prolijamente todas estas soluciones que nos impone el uso del verbo copulativo, observamos que exigen un nexo causal[4] que demanda una disposición exclusiva. Es decir, tanto la pregunta como la respuesta nos colocan ante la misma situación en la que nos encontramos ante un indicador de caminos. Como cualquiera sabrá, la única función de dicha señal es apuntar. El indicador de caminos no revela adónde conduce la señal ni cómo se llega a dicho lugar. Dicho de manera elocuente: cuando queremos conocer el significado del término «acción» se nos muestra un poste indicador en el que aparecen las bifurcaciones, pero no sabemos adónde nos lleva ni cuál es el contenido exacto del camino que indica la señal. Ese contenido lo fija el agente mismo arbitrariamente en tanto que camina al lugar indicado. Y, lo que es peor, actuamos sin saber lo que supone seguir dicha señal. Sabemos, pues, que hemos elegido una acción específica ante la bifurcación de alternativas, pero no sabemos por qué se separan y qué tienen en común, ya que seguimos sin haber determinado el significado del término «acción».

2. ¿QUÉ SIGNIFICA «ACCIÓN»?

Presumiblemente, para dar una respuesta tan sencilla que nos aclare el significado de «acción» hay que cambiar nuestro acceso al problema. No se trata, pues, de dar una respuesta causal a la pregunta ¿qué *es* «acción»?, Debemos, más bien, contestar a la siguiente observación: ¿por qué hacemos uso contante de prácticas cuando actuamos? Es decir, lo que realmente caracteriza el significado del término acción es simplemente que institucionalizamos una práctica, lo que equivale a decir que actuamos siguiendo una regla. Ese seguimiento de una regla no se realiza *privatim*, es decir, solo una vez y por un hombre solo. El despliegue de una regla no es un acto solipsista, sino todo lo contrario; es un episodio público que ha sido aprendido, practicado, se convierte en una costumbre, un hábito concierne a lo que generalmente se denomina «modales»; en pocas palabras, pertenece a nuestro marco moral y persigue unos fines éticos. Por tanto, todas las acciones que realizamos se ubican en el ámbito público. Las acciones cotidianas en las que se sigue una regla se consideran usanzas o costumbres, hábitos o modales, es decir, se consideran prácticas que se asientan sobre usos o instituciones.

Wittgenstein se encarga de indicarnos la complejidad de dar una respuesta factible que determine el significado del término «acción», de modo que comprendamos dónde se ubica lo que hacemos. Para ello, nos informa de que la acción no aparece sola, *ex nihilo*, y que tampoco encontramos sujetos con una mente perversa —como los personajes de la literatura fantástica decimonónica— que, sobre la base de estructuras solipsistas, están dispuestas a ejercer la maldad recurriendo a formas extravagantes. Tampoco son modelos fisicalistas

traspuestos a la teoría social, que entiende las relaciones sociales mediante concepto como «derecha *vs.* izquierda», «polarización», «fuerza», «poder», «movimiento», «transformación», etc. Todas estas soluciones pertenecen al ámbito mitológico de una sociedad regida por estructuras mecanicistas, ubicadas en la fantasía.

Al contrario, toda *acción* va indisolublemente acompañada de dos elementos: por un lado, su fuerte componente predicativo, insertado en los *juegos del lenguaje* que expresan los hablantes; y, por otro, su ubicación en una *forma de vida* determinada. Para expresarlo de una manera contundente y enfática: toda acción es predicativa[5] y está incrustada o constituye una forma de vida específica. Estos son los núcleos, pero el término acción se caracteriza también por ser sumamente general. Bajo el concepto «trabajar», «estudiar», «esculpir», etc. podemos comprender multitud de acciones distintas. Por ello, es un concepto borroso y difícilmente lo podemos fijar unívocamente. Por ejemplo, un albañil trabaja colocando ladrillos. Sin embargo, para el albañil, el trabajo que realiza un arquitecto sentado y pensando una nueva edificación no es un «trabajo» *stricto sensu* —o el estudio de arquitectura y el cálculo que ha de llevar a cabo puede ser que no sea considerado un trabajo en sí—. Por ello, observamos que la acción que asignamos al verbo trabajar está enmarcada en una concepción holística. Es decir, lo que denominamos arriba la acción de trabajar solo se entiende como un *todo* integrado y global que determina cómo se comportan cada una de las partes que lo constituyen. Esto se entiende solo si conseguimos una representación perspicua en la que ordenamos cada uno de sus componentes estableciendo una sucesión. Como hemos comprobado, este esquema ordenado no se entiende meramente por una relación causal, sino que tenemos que mostrar sus fines. En este trabajo restringiremos nuestro estudio a los dos primeros elementos enumerados con el fin de aclarar el significado de «acción».

3. LENGUAJE Y ACCIÓN

Para Wittgenstein, el concepto de acción ha de ser estudiado en el ámbito predicativo, dado que está anclado en nuestro lenguaje. Desde el inicio, apunta que su investigación atiende al tramado que se genera entre el lenguaje y las acciones. Dicho tejido se denomina «juego de lenguaje»[6]. Por tanto, también las acciones violentas, por caso, deben ser estudiadas primordialmente en la trama que se genera entre el lenguaje y la actividad misma. Más concretamente, toda acción ha sido aprendida, ensayada y ejecutada mediante determinados «juegos del lenguaje». Aunque olvidamos su origen, desde que comenzamos a vivir aprendemos a realizar todas las acciones diarias porque alguien nos las ha enseñado. En contraste con todos los modelos anteriores, el lenguaje juega un papel integral en la acción. Veamos un caso concreto. Por ejemplo, cuando se observa un acto violento en la calle como un robo, el proceso de usurpar un bien ha sido aprendido, ensayado y llevado a la práctica del mismo modo que cuando construimos una casa o resolvemos un cálculo. En todo momento la acción ha sido articulada de una manera afín que indica cómo se debe ejecutar el hurto, que procedimiento se ha de seguir y que resultados se pueden conseguir con la acción, etc.

Por ello, el estudio de una acción concreta se centra en la investigación de las reglas que usa el actor en cuestión. Todo esto está estrechamente vinculado, en primera instancia, al conocimiento de las reglas que se aplican en cada una de estas acciones concretas y la representación que se genera cuando se lleva a cabo la misma[7]. Dicho programa desplaza la pregunta original. El centro de atención no gira alrededor de dar una respuesta acerca de *qué* se considera una acción, como por ejemplo «robar»; lo que se analiza es *cómo* se roba, es decir, qué orden se lleva a cabo para perpetrar dicha sustracción[8]. Cuando preguntamos por el modo cómo actúa, por caso, un carterista, entonces exigimos que nos proporcionen la re-

gla que aplica nuestro actor cuando opera. Es decir, queremos conocer toda la información que ha adquirido para actuar de una manera determinada. Ciertamente, cuando formulo dicha cuestión se expresa desde mi escritorio, ya que no conozco los procedimientos que se sigue al respecto[9]. La dificultad radica en determinar la regla que el actor ha seguido para apropiarse indebidamente de algo y cómo ha aprendido todas esas prácticas que conducen a la acción.

Ahora bien, podríamos seguir indagando y formular la siguiente pregunta: ¿qué tiene que ver la expresión de regla (como señal en el camino) con la acción concreta? En este caso, resulta conveniente mostrar que existe un nexo entre regla y acción, ya que cualquiera que haya sido adiestrado, entrenado o educado para actuar y reaccionar de un modo determinado actúa de manera estipulada. Esto solo presenta una cara de la medalla, que hasta la fecha ha sido caracterizada generalmente mediante el nexo causal. Según nuestro punto de vista, el nexo se genera entre regla y acción; la pesquisa se centra, pues, en la comprensión de lo que supone seguir un signo. Nos orientamos por la señal en el camino haciendo uso o exhibiendo una práctica.

Veamos esto mediante un ejemplo. Luhmann ha propuesto entender las reglas de uso del concepto «violencia» aludiendo a los mecanismos que se generan cuando reducimos complejidades[10]. Para ello, pone como ejemplo la patada en la puerta que da alguien cuando la llave no abre. En este caso, el concepto «violencia» no tiene unos límites nítidos. Si observamos un acto violento, caemos en la cuenta que su mera percepción no permite acceder inmediatamente a las reglas con las que se opera, ya que por de pronto se mantienen escondidas. Sin embargo, el mecanismo que genera esta reducción de complejidades se ubica en el trasfondo. Es usual introducir dicho término mediante representaciones o imágenes, aunque el contenido de la violencia observada y las reglas que se aplican requieren una definición determinada, sin que por ello dependa de nuestras ilustraciones personales. Ofrecemos ciertas representaciones para explicar la experiencia violenta; sin embargo, el acto mismo no es subjetivo. Cualquier tipo de violencia se enseña y se aprende mediante la instrucción. En pocas palabras, para que la acción violenta pueda llevarse a cabo, ha tenido que ser enseñada mediante determinados juegos del lenguaje. Esos juegos del lenguaje son al inicio asimétricos, ya que se aprenden y son enseñados. Por ello, la violencia, al igual que toda acción, ha de considerarse una institución, como recalca Wittgenstein. Esta institución se caracteriza por la uniformidad de su forma expresiva.

4. SEGUIR UNA REGLA

Reiteradamente hemos aludido al término «regla». Uno de los temas abordados pasa por dar una respuesta cabal a la cuestión de qué es lo que puede aplicarse a todos los usos de una palabra. Una postura dogmática afirmaría al respecto que una regla es una entidad abstracta que trasciende todas sus aplicaciones particulares. Por ello, saber lo que se considera una regla consiste en captar esa entidad abstracta y, con ello, saber cómo usarla. Este planteamiento presupone una utilización parcial de «regla» mediante el uso del lenguaje público para unos fines delimitados. Este planteamiento está muy enraizado entre nosotros y tiene unos orígenes que se remontan a la Antigüedad clásica. Sin embargo, este punto de vista fue refutado por la lógica moderna.

Así pues, en la lógica moderna no se aceptan las reglas de conversión, dado que lo que puede ser válido en cuanto a clase no tiene por qué aplicarse a los individuos indiscriminadamente[11]. La regla de conversión exigía una mejora mediante la suposición de la existencia de individuos que pertenecen a determinadas clases. Así pues, cuando se emite un juicio se supone un predicado por atribución al sujeto y se da por supuesta su existencia. Esta suposi-

ción es arbitraria y no está justificada en todos sus casos. Esta arbitrariedad presupuesta en la lógica motivó que Wittgenstein presentara una serie de refutaciones contra el principio de arbitrariedad presupuesto. Su respuesta se asentaba sobre el desarrollo de criterios públicos y transparentes que pudieran regir el uso de las reglas que usamos en la descripción de las acciones. Su planteamiento comienza con la introducción de un juego asimétrico entre un profesor y su alumno en clases de matemáticas[12]. Se trata de dar una respuesta terminante que nos aclare cómo aprendemos las reglas y cómo aprendemos a seguir las mismas. Para dar una respuesta adecuada, debemos aclarar cómo emergen las normas que determinan si una regla se sigue correctamente o no. Cuando respondemos a dicha cuestión, debemos saber si las reglas se enseñan públicamente y si se exige su cumplimiento.

Wittgenstein no responde a dichas preguntas de manera directa, sino que procura demostrar que las preguntas formuladas son legítimas y coherentes. Mediante esta estrategia nos libramos del compromiso de plantear cuestiones vinculadas a las reglas presuponiendo la obligación de proyectar una autoridad externa o interna más allá de las prácticas mismas que realizamos aplicando la regla. Estos malentendidos se ponen de manifiesto cuando una propuesta es incapaz de aportar una definición de lo que entiende por «regla» y presupone en su elucidación interpretación tras interpretación.

Teniendo en cuenta este planteamiento, podemos acceder a la refutación que lleva a cabo de la propuesta clásica cuando afirma:

> «Nuestra paradoja era esta: una regla no podría determinar ningún curso de acción ya que todo curso de acción ha de ponerse de acuerdo con la regla. La respuesta fue: Si todo se puede poner de acuerdo con la regla, entonces también con la contradicción. Por lo que no habría aquí ni concordancia ni contradicción»[13].

El fenómeno al que Wittgenstein hace referencia en este pasaje se conoce bien en jurisprudencia. Cuando se publica una nueva ley, las interpretaciones se asientan, en parte, sobre esta dificultad, ya que existe una disonancia palpable entre regla y acción. Para superar dicha dificultad debe desarrollarse una concepción de regla que no se asiente sobre una interpretación, sino que se exhiba mediante su aplicación. El horizonte, pues, de la interpretación no puede ser la misma interpretación, sino la aplicación y resolución de un caso concreto. Wittgenstein había remarcado desde el inicio de su investigación que detrás de las reglas no se puede penetrar, ya que no hay un detrás[14]. Las reglas son arbitrarias al estar determinadas por la realidad, como si fueran una descripción de esta.

Analicemos la cuestión en un ámbito en el que las reglas juegan un papel excepcional. Uno de los problemas capitales que se estudian en Derecho está íntimamente ligado al problema de la normatividad. En términos generales, se define una norma como una regla destinada a la ordenación de patrones de comportamiento humano y prescrita por una autoridad cuyo incumplimiento puede llevar aparejada una sanción[15]. Dejando de lado las cuestiones menores, nos centraremos en determinar lo que se entiende por regla para este caso concreto. En este apartado usamos dicho concepto imitando el uso que hacemos de las palabras. Así pues, Wittgenstein inicia su planteamiento mediante ejemplos triviales procedentes de la enseñanza y afirma lo siguiente: «Yo se lo muestro antes, él lo repite después; y lo influyo mediante expresiones de aprobación, de rechazo, de expectación, de estímulo. Lo dejo hacer o lo detengo»[16]. Esta explicación nos conduce a la siguiente dificultad: si bien estas reglas se aprendieron mediante un número finito de ejemplos, para que la regla sea efectiva y sirva para justificar una norma universal debe ser, en última instancia, aplicable a un número infinito de casos. De ello resulta que la regla no determina los patrones de comportamiento a seguir, dado que hay una cantidad de muestras que son incompatibles con la propia regla. Según

esta observación, nos enfrentamos ante la siguiente incongruencia: ya que la regla no determina un curso de acción determinado —pues este debería ponerse de acuerdo con la regla—, entonces no podemos ser coherentes y, al mismo tiempo, generar una incongruencia. Con ello llegamos a un callejón sin salida y el significado del concepto de «acción» queda sin ser fijado. Con el fin de solucionar esta paradoja, Wittgenstein plantea el problema de otro modo: el hecho de que haya múltiples modos de seguir la regla no implica que nos decidamos conscientemente por una de estas opciones; ella se nos impone directamente. Así pues, escribe: «Cuando sigo la regla, no elijo. Sigo la regla *ciegamente*»[17]. Esta escueta observación muestra que las acciones como «robar», «construir» o «calcular» se aprenden y que el agente no elige diferentes reglas —a no ser que las haya aprendido—, sino que la sigue.

Wittgenstein altera radicalmente el planteamiento y enfatiza que lo que determina el contenido de una regla es simplemente su seguimiento[18]. Este procedimiento se denomina «seguir la regla» y centra su atención en todo lo que la trasgrede. Seguir una regla significa en el *Big typescript* que se actúa de tal modo que el resultado es suficiente para la regla. Seguir una regla significa que actúo *así* y este «así» debe contener la regla[19]. Ahora bien, este cambio de planteamiento no es infundado, como muchos pensadores actuales postulan. Lleva consigo una transformación esencial de lo que se denomina, por lo general, el compromiso ontológico. Reparamos que el compromiso ontológico requiere una alteración inmediata entre el lenguaje y ciertos problemas postulados —como el concepto de «regla», que es usado, a su vez, en nuestro lenguaje—. Este uso que hacemos del término «regla» nos ha conducido a un callejón sin salida, por lo que nos vemos obligados a restringir su uso y acoplar su significado a los nuevos requerimientos. Ni que decir tiene que nuestro concepto de norma tendrá que ser ajustado a nuestro nuevo compromiso. A modo de ejemplo, los sistemas jurídicos utilizan en su vocabulario usual el término «persona jurídica» para referirse a entidades colectivas que tienen derechos. Con ello se postula que la doctrina jurídica tiene un compromiso ontológico con personas que no se consideran singulares. Como podemos observar, este compromiso exige la investigación de las reglas de uso de nuestro lenguaje, el conocimiento de esas reglas y el estudio de su representación perspicua, lo que equivale a la construcción de un lenguaje fenomenológico jurídico que se aparte de las ambigüedades del lenguaje aristotélico y las reglas parciales y arbitrarias con las que opera[20].

Este nuevo tipo de investigación, en el que lo público —la manida *Öffentlichkeit*— juega un papel relevante, viene a ser expresado en las *Investigaciones filosóficas* de la manera siguiente:

> «Por ello es "seguir la regla" una práctica. Y *creer* seguir la regla no es: seguir la regla. Y por ello no se puede seguir "privatim" la regla, porque de lo contrario creer seguir la regla sería lo mismo que seguir la regla»[21].

En dicha cita se formula una paradoja epistemológica. Tal exposición ha dado lugar a una gran cantidad de interpretaciones y debates, ya que expresa la condición sobre la que se asienta el significado en el que descansa el uso que hacen los hablantes del lenguaje. Una de las lecturas más influyentes del problema de seguir una regla ha sido la interpretación según la cual Wittgenstein está expresando una paradoja escéptica, —y ofreciendo, por tanto, una solución escéptica a la misma[22]—. Según esta lectura, no existen hechos que determinen lo que se atribuye a aquello que hacemos cuando se sigue una regla. Por tanto, se niega que existan motivos reales para decir que alguien actúa siguiendo una regla. Según esta interpretación, Wittgenstein acepta el desafío escéptico. No obstante, este examen ha sido cuestionado, a su vez, por diversas interpretaciones[23], mientras que otros comentaristas han proporcionado nuevos argumen-

tos[24]. No es el lugar adecuado para exponer los pros y contras de estas interpretaciones, exposición que requeriría de mayor espacio y nos desviaría de nuestros fines inmediatos. En el marco de la discusión, parece pertinente hacer una breve incursión en el argumento relativo al lenguaje privado, ya que arroja luz sobre el tema que abordamos.

5. ACCIÓN Y LENGUAJE PRIVADO

El argumento del lenguaje privado señala que para que un enunciado tenga sentido debe ser posible, en principio, someterlo a las reglas y patrones públicos, así como a los criterios de corrección. Por esta razón, un lenguaje privado, en el que las palabras se refiriesen exclusivamente a lo que solo el hablante pueda conocer —a sus sensaciones inmediatas y privadas— no se puede considerar como un lenguaje gobernado por reglas, ya que cualquier otro hablante u oyente no podría comprenderlo[25]. Los signos que se usan en cualquier lenguaje solo tienen significado si hay una posibilidad de juzgar con exactitud su uso, por lo que el uso de cualquier palabra necesita una justificación que todos los hablantes comprendan[26].

En Derecho es muy usual introducir los términos de manera intuitiva. Si queremos saber lo que se considera «delito», podemos leer definiciones tales como aquella que afirma que es cualquier acción que va en contra de lo establecido por la ley y es castigada por ella con una pena grave. Así pues, en Suecia está prohibido comprar servicios sexuales bajo pena de seis meses de cárcel, pero, paradójicamente, no está prohibido venderlos[27]. Surgen aquí cuestiones como la siguiente: ¿qué significa «compra de servicios sexuales»? Esta pregunta puede parecer ingenua, pero seguramente a cualquier lector que no esté familiarizado con el sistema jurídico sueco le resultará difícil reconocer el significado exacto al que hace referencia dicha expresión del Derecho penal sueco. Por lo general, cualquier oyente comenzará a «representarse» algún significado, es decir, promoverá estructuras mentales que intenten cerrar o completar el significado de dicha expresión poco usual en nuestro entorno. Los efectos de dichas lucubraciones privadas son perversos y no parece pertinente presentar algunas propuestas recientes.

Pues bien, lo que se hace generalmente es volver a caer en la enfermedad que hemos intentado superar mediante la propuesta de Wittgenstein. Por lo general, el oyente que desconoce el Derecho penal sueco despliega un lenguaje privado mínimo. De este modo, nos vemos obligados a romper con los reductos que siguen existiendo en nuestros procesos mentales cuando suministramos un contenido personal a un significado público que se escapa a nuestra forma de vida. Para comprender el problema que se extiende ante nosotros es conveniente incorporar el experimento mental del escarabajo en una caja. Pero antes de ello, recordemos que lo que aquí se denomina «caja» está en lugar de nuestro cerebro y «escarabajo» podría ser sustituido por ejemplo por la expresión sueca traducida al castellano mediante la expresión «compraventa de servicios sexuales».

Pedimos al lector que imagine que cada persona tiene una caja, y que se indica a cada uno por separado que en su caja hay algo que se denomina «escarabajo»[28]. No se permite que alguien observe lo que contiene la caja de su semejante. Así pues, cada uno de ellos indica que sabe lo que significa el término «escarabajo», ya que observa el contenido de su caja. Cada uno de los hablantes dice que sabe lo que es un escarabajo debido al aspecto de *su* escarabajo. Supongamos que en cada una de las cajas hubiera una cosa distinta, o simplemente que no hubiera nada, y que a eso que hay —o no en las cajas— cada uno de los hablantes lo denomina «escarabajo». Pero, ¿qué ocurriría —siguiendo a Wittgenstein— si la palabra «escarabajo» de cada una de estas personas fuese usada en el lenguaje cotidiano? De ser así, nos hallaríamos ante el hecho de que todos aque-

llos que denominan «escarabajo» al contenido que encuentran en su caja no coincidiría con la designación de una cosa concreta, dado que cada uno se referiría con el término «escarabajo» a aquello que descubre —o no localiza— en susodicha caja. La primera conclusión que extraemos es que no podemos afirmar que cada una de las cosas que encontremos en la caja pertenece al juego de lenguaje público, ya que el término «escarabajo» referiría *privatim* a aquello que cada hablante encuentra en su caja. La segunda conclusión escéptica sería que ni siquiera el término «escarabajo» se podría considerar «algo», pues la caja podría estar incluso vacía y, por tanto, el contenido del término haría referencia a «nada».

Lo mismo ocurre en nuestro ejemplo anterior: cualquiera que desconozca el significado de la expresión «compra de servicios sexuales» intentará completar su contenido mediante un procedimiento representacional privado, pero lo único que hace esa representación es sustituir el procedimiento significativo mediante un proceso mental. Este modelo reproduce el modelo primitivo, en el que a una designación le corresponde un objeto. Sin embargo, desde un punto de vista gramatical, el objeto que asignamos a «compra de servicios sexuales» cae fuera de la consideración de los lenguajes públicos por irrelevante. Resumiendo: algo parecido ocurre cuando los hablantes se refieren al significado del término «acción» si le atribuimos un contenido mediante el uso de una estructura nominal. El contenido lo fija cada uno de los hablantes arbitrariamente, de modo que algunos determinan su significado mediante la dejación del deber de ayudar.

6. HACIA UNA COMPRENSIÓN GRAMATICAL DE LA ACCIÓN

Wittgenstein se centra en el análisis de las expresiones sobre las reglas y las denomina «proposiciones gramaticales». Estas son reglas de uso de las expresiones descriptivas de lo que denominamos en términos abstractos «realidad». Tales proposiciones son reglas de la gramática. Su verdad desconcierta, ya que son, patentemente, «verdades necesarias» y, comprensiblemente, no son verdaderas en virtud de las leyes de la lógica y de las definiciones explícitas. Wittgenstein indica sorprendentemente que son expresiones acerca de las normas. Por supuesto, las reglas no son verdaderas o falsas. Pero no hay nada inusual en decir de la declaración de una norma sea verdadera. Por ejemplo, decimos que es cierto que el rey se mueve solo un cuadrado cuando jugamos al ajedrez. Decimos que es cierto que en Inglaterra se circula por la izquierda. Decir de una proposición gramatical que es verdadera supone simplemente decir que una regla de la gramática dice que esto sigue una regla determinada. Cuando decimos que el rey tiene que moverse solo una casilla o que en Oxford tenemos que conducir por la izquierda, este verbo modal expresa simplemente que las proposiciones a las que se aplica indican un compromiso con una regla de uso. La regla, por supuesto, no es necesaria, ya que no hay reglas necesarias o contingentes. Pero la aparición de una necesidad objetiva en la naturaleza es la sombra que proyecta la regla gramatical sobre el mundo.

La mayoría de las proposiciones gramaticales son evidentes para cualquier hablante de una lengua. Después de todo, son parte constitutiva de los significados de las palabras. Expresan patrones de inferencia y posibilidades combinatorias que empleamos a diario. Sin embargo, es falso afirmar que las proposiciones gramaticales sean obvias. El dominio de uso de las palabras habituales no implica el dominio de sus usos o la conciencia de todas las analogías y disimilitudes con los usos de palabras semejantes.

En las *Investigaciones filosóficas*, Wittgenstein muestra que no puede haber una definición ostensiva privada, esto es, un análogo de una definición ostensiva pública. Seguidamente, demuestra que no puede haber un lengua-

je privado, es decir, un lenguaje en el que los nombres se refieran a experiencias que solo el sujeto pueda tener y que solo él conoce. Estas afirmaciones se asemejan a ciertas declaraciones metafísicas acerca de lo que no puede ser el caso, por lo que revelan ciertas imposibilidades hasta ahora desconocidas. Dicho esto, tenemos que advertir que la diferencia con lo que aseveraba en el *Tractatus logico-philosophicus* reside en el hecho de que estos tipos de propuestas son meramente proposiciones gramaticales. Así pues, la expresión «no puede haber» equivale a «no hay tal cosa como», es decir, «no hay tal cosa como una definición ostensiva privada», por lo que debemos excluirla de nuestro lenguaje. Estas proposiciones son el resultado de aplicar argumentos de reducción al absurdo, en los que cada paso, cuando está debidamente establecido, es de hecho obvio[29]. La conclusión de estos argumentos mediante la *reductio ad absurdum* bien puede ser considerada como una proposición gramatical no evidente[30].

Lo que puede ser rescatado no son más que reglas para el uso de expresiones en nuestra lengua. Dicho esto, valdría la pena plantearse ahora si el Derecho se ocupa de un lenguaje independiente y objetivo o si más bien se centra en considerar la naturaleza de las acciones. De ser cierto esto último, tendríamos que enfocar el tema de la acción mediante la gramática[31]. Resulta importante insistir en que la gramática en sí es autónoma y no asume responsabilidad alguna ante la realidad. La gramática no se puede considerar como un espejo de los andamios del mundo; constituye, más bien, el andamiaje mediante el que se describe el mundo. Los acontecimientos que ocurren en el mundo no tienen andamios, y lo que parecen andamios no son más que la sombra de la gramática. La metafísica no se ocupa de las características esenciales y universales de la realidad, ya que no hay tales características. Solo hay la ilusión de tales características[32]. Lo que queda del Derecho no son más que las reglas para el uso de expresiones generales o relevantes de nuestro lenguaje. Por ello, en la técnica que aplicamos al usar el término «acción» se ubica su significado.

Dicho todo esto, conviene aclarar el significado mismo de «gramática». Siguiendo las instrucciones de Wittgenstein, debemos indicar que nuestro significado[33] no coincide con la propuesta genuinamente analítica. Para dar una respuesta pertinente es necesario que ubiquemos dicho significado en la técnica de su aplicación. Lo primero que tenemos que indicar es que el estudio gramatical pone especial énfasis en conocer el lugar donde se ubican las palabras en el lenguaje que se usa[34]. Para ello, hemos de tener en cuenta, sin embargo, que la gramática adolece de una falta de comprensión de las palabras debido a que su uso carece de perspicuidad[35]. La gramática promueve una mera *re*presentación (*Darstellung*) figurativa de los términos o expresiones que analizamos cuando usamos nuestro lenguaje[36]. La gramática fluctúa entre criterios y síntomas, lo que genera una cierta apariencia de que solo estamos ante instrucciones e indicaciones[37]. Sin embargo, no debemos perder de vista que la esencia de un objeto está determinado por la gramática[38]. La gramática no dice cómo tiene que estar construido el lenguaje para que cumpla su propósito, sino que solo describe el uso de los signos, sin aportar explicación alguna[39]. Las reglas de la gramática son arbitrarias, ya que su *propósito* es exclusivamente el lenguaje[40].

Evidentemente, la gramática juega un papel variado, ya que determina la esencia de su objeto, si bien, al mismo tiempo, su proyecto sigue siendo equívoco. Esta tensión genera un cierto malestar intelectual. Esto se debe a que la insatisfacción con nuestra gramática descansa sobre la aprehensión distorsionada de una característica genuina de la gramática. Una de las características más comunes que se observa en el uso de nuestro lenguaje natural es que se basa en una tradición metafísica que tiende a idealizar las expresiones ordinarias mediante la sustantivación para darles un «sentido especial» que genera, por lo general, una confusión filosófica. Así pues,

cuando queremos conocer el verdadero sentido del término «acción» se nos informa que tenemos que poner especial cuidado en los movimientos que realiza la conducta individual voluntaria que persigue una finalidad determinada; sin embargo, el significado propio de «acción» no se restringe a un procedimiento individual y privado, pues ha tenido que ser aprendido, y su contenido semántico se circunscribe a un orden público, etc. ¿Qué sentido tendría en Inglaterra ponerse ante un toro y considerar que este acto es un ejemplo de valentía si en la cultura inglesa se entiende más bien como una temeridad? ¿Qué sentido tendría expresar el luto vistiéndose de negro en los países árabes si allí el duelo se expresa mediante el uso del color blanco? ¿Qué consecuencias inmediatas tendría que condujese en España por la izquierda?

7. ACCIÓN Y NUESTRAS FORMAS DE VIDA

Hemos dicho que toda acción está estrechamente vinculada a determinados juegos del lenguaje, ya que hablar una lengua es a su vez parte de una actividad concreta —o lo que Wittgenstein denomina más genéricamente una forma de vida[41]—. Hemos podido comprobar arriba que en los juegos del lenguaje que expresan los hablantes se siguen determinadas reglas que exteriorizan formas de vida muy precisas. Esto se debe a que el lenguaje que usan los hablantes escenifica mediante su representación una forma de vida.

Los acuerdos se llevan a cabo en el lenguaje; que los actores los consideren correctos o incorrectos no depende de las opiniones que expresen los hablantes, ya que esto supondría reconocer que los acuerdos descansan sobre un componente privado. La decisión que toman los hablantes acerca de si algo debe considerarse correcto o incorrecto se funda en sus propias formas de vida[42]. Esto es así porque los juegos del lenguaje, las acciones que realizamos y las formas de vida se asientan sobre lo dado, es decir, sobre lo que Wittgenstein denomina enfáticamente los hechos de la vida (*Tatsachen des lebens*).

Dichas formas de vida —en las que puede estar empotrada la violencia como expresión de una forma de vida en la que han sido enseñadas ciertas reglas de comportamiento mediante un lenguaje determinado— se orienta a la acción, por lo que se aprende regularmente y paulatinamente, de modo que encontramos siempre un esquema complejo y ordenado. Por ello, se pueden caracterizar ciertas formas de vida en las que aparece puntualmente la violencia como un sistema holista y cerrado en el que el lenguaje, la acción de un orden de prioridades gramaticalmente bien ordenado, exterioriza una forma de vida. Sin embargo, Wittgenstein se encarga de indicar escuetamente que forma de vida y acción no son coextensivos, ya que no se pueden sustituir recíprocamente. Lo más inquietante de las formas de vida es que los hablantes pueden percibir sistemas holistas distintos a los propios en los que se exceptúan o discriminan otras formas de vida —por ejemplo, el uso de la violencia— cuyo contenido no acertamos a comprender en un marco proposicional, pero de las que no solo debemos disentir; debemos, además, impedirlas, rechazarlas y hasta prohibirlas.

Resulta sumamente chocante que el término «forma de vida» sea expresado en plural, ya que requiere —y se refiere a— una pluralidad social de diferentes modos de expresión. Ciertamente, estamos ante un término general de contornos borrosos al que no accedemos de manera concisa. La esencia de muchas formas de vida permanece oculta ante nosotros, ya que no compartimos los juegos del lenguaje que usan otros hablantes. Al poseer estos juegos del lenguaje una cierta uniformidad expresiva porque han sido aprendidos a través de la educación, resultan insólitos y chocantes. Por

ello, muchas de las acciones que generan se nos revelan excepcionales.

8. CONCLUSIÓN

Un análisis del problema de la acción según el método analítico traza un límite entre las expresiones que utilizamos cuando nos referimos a la acción y los movimientos en los que se circunscribe la acción misma. Por ello, el método analítico insiste en el hecho de que la discusión sobre la acción se lleve a cabo en el marco de la expresión que usamos en un lenguaje determinado. Esto es así porque que estamos obligados a especificar los usos e instituciones que hemos aprendido y aplicamos constantemente en nuestra vida cotidiana. Con ello se consigue una mayor precisión acerca del contenido que adscribimos a aquello que denominamos «acción». Los juegos del lenguaje, las acciones y las formas de vida sobre la base de lo dado, lo que Wittgenstein denominaba «los hechos de la vida». Esta vida está siempre orientada a la acción; por lo tanto, es regular y se aprende gradualmente, por lo que genera un complejo esquema de orden. Dicho orden se estudia mediante la gramática.

NOTAS

1. *Cf.* Davidson (1980).

2. En el ámbito del Derecho penal, puede verse el análisis de la distinción entre movimiento, conducta y acción en Vives ([2]2011: 221 ss.).

3. Como se podrá observar, la pregunta tiene como núcleo un verbo copulativo, por lo que exige una respuesta mediante un atributo que nos informa sobre la cualidad, estado o característica de la acción. Por tanto, la contestación que recibimos dan lugar a oraciones copulativas o atributivas con escasa carga de significado.

4. Véase el argumento esbozado en Wittgenstein (2016*b*: § 198). En este trabajo no vamos a tener en cuenta el punto de vista de Wittgenstein esbozado en el *Tractatus lógico-philosophicus*, donde afirma: «El primer pensamiento ante la enunciación de una ley ética de la forma "tú debes…" es: ¿y qué pasa si no lo hago? Es claro que la ética no tiene nada que ver con el castigo o el premio en el sentido usual. Por tanto, esta cuestión sobre las *consecuencias* de una acción es irrelevante. —Por lo menos, estas consecuencias no pueden ser acontecimientos. Pues tiene que haber algo correcto en aquel planteamiento. Aunque tenga que haber algún tipo de premio ético y un castigo ético, pero éstos deben hallarse en la acción misma. (Y esto también es claro, que el premio tiene que ser algo agradable y el castigo algo desagradable)». (Wittgenstein, 2016*a*: 6.422).

5. El análisis de la acción como una forma predicativa supone un ataque a la fenomenología imperante de que nuestra experiencia es anterior a la predicación, es decir, se considera «*vorprädikativ*», por lo que toda acción se determina mediante la intencionalidad del agente. Vives Antón se ha acercado a esta propuesta al entender que «[…] la acción es lo primario y el lenguaje solo un refinamiento […]» indicando acto seguido que así lo postula Wittgenstein en las *Observaciones*..*Cf.* Vives ([2]2011: 559). Esta formulación requiere una aclaración. Ciertamente, toda acción puede ser acompañada de una explicación que aclara el contenido de la misma, pero para que llevemos a cabo dicha acción primero debemos haberla aprendido mediante alguna estructura predicativa y pública. Posteriormente presentaremos el argumento del escarabajo, que pone en duda las consecuencias que supondría aceptar una primacía de la acción sobre el lenguaje.

6. Wittgenstein afirma: «Ich werde auch das Ganze: der Sprache und der Tätigkeiten, mit denen sie verwoben ist, das "Sprachspiel" nennen». (Wittgenstein, 2016*b*: § 7).

7. Wittgenstein (2014 [2005]: 94, 437).

8. Wittgenstein (2014 [2005]: 89, 415).

9. Wittgenstein (2014 [2005]: 89, 416).

10. *Cf.*: Luhmann (1984: 95).

11. La lógica clásica proporcionaba argumentos obviamente validos, como los que se expresan en los silogismos. Ahora bien, si estudiamos formalmente los argumentos silogísticos necesitamos analizar más fielmente las proposiciones, descomponiéndolas en sus partes recurrentes. De este procedimiento resulta que las premisas y la conclusión contienen estructuras completamente distintas. Las estructuras más elementales constan de expresiones de sujeto y predicado. En la lógica aristotélica se aplicaba como *regla de conversión* a la sustitución de los términos entre sí. Además, una de las formas más usuales que se aplicaba en la elaboración de juicios era la forma de conversión *per accidens*, en la que se remplazaba la extensión de los términos. En este reemplazo, sin embargo, se utilizaban las reglas de manera arbitraria.

12. El ejemplo usual es el siguiente: Supongamos que un alumno domina la serie de los números naturales. Ahora se le enseña a que escriba otras series de números cardinales y le requerimos que escriba series como «0, n, 2n, 3n, etc.» aplicando la forma «+n». Ahora lo examinamos para comprobar si ha comprendido el procedimiento con series superiores a mil y… él escribe: 1000, 1004, 1008, 1012. A esto el profesor le replica: «¡Mira lo que haces!» —Él no nos comprende. Decimos: «Debías sumar *dos*; ¡mira cómo has comenzado la serie!» —Él responde: «¡Sí! ¿No es pues acertada? Pensé que *debía* hacerlo así». —O supón que dijese, señalando la serie: «¡Pero si he proseguido del mismo modo!» —De nada nos serviría decir «¿Pero es que no lo ves…?» —y repetirle las viejas explicaciones y ejemplos. —Pudiéramos decir en tal caso tal vez: Este hombre comprende por naturaleza esa orden, debido a nuestras explicaciones, así como *nosotros* la orden: «Suma siempre 2 hasta 1000, 4 hasta 2000, 6 hasta 3000, etc.». (Wittgenstein, 2016*b*: § 185).

13. Wittgenstein (2016*b*: § 201).

14. Wittgenstein (2014 [2005]: 66, 295).

15. Un ejemplo de tal definición es propuesta por Kelsen ([1934] (1960)).

16. Wittgenstein (2016*b*: §208).

17. Wittgenstein (2016*b*: § 219).

18. En Wittgenstein (2016*b*: §§ 198-242), por caso, se analiza cómo se fija el seguimiento de una regla.

19. Wittgenstein (2014 [2005]: 80, 377).

20. Wittgenstein (2014 [2005]: 94, 437).

21. Wittgenstein (2016*b*: § 202).

22. *Cf.* Fogelin (1976) y Kripke (1982).

23. *Vid.* Baker, Hacker (1984), McGinn,(1984) y Cavell (1990).

24. *Vid* Diamond (1989: 12-34).

25. Wittgenstein (2016*b*: § 243).

26. Wittgenstein (2016*b*: § 261).

27. El artículo del *Derecho penal* (*Brottsbalk*) sueco reza así: «6.11 Den som, i annat fall än som avses förut i detta kapitel, skaffar sig en tillfällig sexuell förbindelse mot ersättning, döms för köp av sexuell tjänst till böter eller fängelse i högst sex månader.

Vad som sägs i första stycket gäller även om ersättningen har utlovats eller getts av någon annan. Lag (2005: 90)». Proposition (Prop.) 2004/05: 45 En ny sexualbrottslagstiftning (*A New Sexual Crimes Legislation*) (Swed.).

28. Wittgenstein (2016*b*: § 293).

29. Mediante el *reductio ad absurdum* se demuestra la validez de proposiciones suponiendo como hipotética la negación o falsedad de la tesis de la proposición a demostrar, y mediante una concatenación de inferencias lógicas válidas se deriva una contradicción lógica, por lo que se concluye que la hipótesis de partida, es decir, la negación de la original, ha de ser falsa, y, por tanto, la original es verdadera y la proposición o argumento es válido.

30. Por ejemplo, no puede haber un cristal blanco transparente ya que no hay tal cosa que denominemos «vidrio blanco transparente» por lo que la expresión «cristal blanco transparente» está excluida de nuestro lenguaje.

31. Wittgenstein (2016*b*: §§ 371-3).

32. Wittgenstein (2014 [2005]: 407).

33. Es decir, cuando formulamos la pregunta: «¿A qué te refieres?», entonces esperamos que la respuesta sea una contribución a la gramática de la proposición. Wittgenstein (2016*b*: § 353).

34. Wittgenstein (2016*b*: § 29).

35. Wittgenstein (2016*b*: § 122). Las expresiones *übersicht*, *übersehbar*, *übersichlichkeit*, *übersichtliche darstellung* han sido traducidas mediante el término «perspicuo» y sus derivados. *Cf.* Padilla Gálvez (2014: 7 ss).

36. Wittgenstein (2016*b*: § 295).

37. Wittgenstein (2016*b*: § 354).

38. Wittgenstein (2016b: § 371 y § 373).

39. Wittgenstein (2016*b*: § 496).

40. Wittgenstein (2016*b*: § 497).

41. Wittgenstein expresa la relación entre hablar, actuar y forma de vida en un principio sumamente escueto cuando afirma: «La expresión "*juego* de lenguaje" debe realzar aquí que el *hablar* la lengua es parte de una actividad o una forma de vida». Wittgenstein (2016*b*: § 23). *Cf.* Padilla Gálvez y Gaffal, (2011 y 2013).

42. Wittgenstein afirma: «¿Dices, pues, que el acuerdo de los hombres decide lo que es correcto y lo que es falso? — Correcto y falso es lo que los hombres *dicen*; y los hombres concuerdan en el *lenguaje*. Ésta no es una concordancia de opiniones, sino de la forma de vida». Wittgenstein (2016*b*: § 241).

BIBLIOGRAFÍA

BAKER, Gordon P. y Peter M. S. HACKER (1984): *Scepticism, rules and language*, Oxford: Blackwell.
CAVELL, Stanley (1990): *Conditions handsome and unhandsome*, Chicago: University of Chicago Press.
DIAMOND, Cora (1989): «Rules: Looking in the right place», en D. Z. Phillips y P. G. Winch (eds.), *Wittgenstein: Attention to particulars*, Houndmills: Macmillan, 1989, 12-34.
DAVIDSON, Donald (1980): *Actions and events*, Oxford: Clarendon Press.
FOGELIN, Robert J. (1976): *Wittgenstein*, London: Routledge.
KELSEN, Hans ([1]1934): *Reine rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche problematik*, Leipzig, Viena: Deuticke (2.ª ed., Viena: Deuticke, 1960).
KRIPKE, Saul A. (1982): *Wittgenstein on rules and private language*, Oxford: Blackwell.
LUHMANN, Niklas (1984): *Soziale systeme. Grundriß einer allgemeinen theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
McGINN, Colin (1984): *Wittgenstein on meaning*, Oxford: Blackwell.
PADILLA GÁLVEZ, Jesús (2014): *Hacia la representación perspicua*, Valencia: Tirant lo Blanch.
— (2016): *Action, decision-making and forms of life*, Berlín, Boston: De Gruyter Verlag.
PADILLA GÁLVEZ, Jesús y Margit GAFFAL (eds.) (2011): *Forms of life and language Games*, Frankfurt a.M., Paris, Lancaster, New Brunswick: Ontos Verlag.
— (2013): *Formas de vida y juegos de lenguaje*, Madrid, México D.F.: Plaza y Valdés.
VIVES ANTÓN, Tomás S. ([2]2011): *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

WITTGENSTEIN, Ludwig (2014): *Escrito a máquina*, (*The big typescript*, 2005), trad., introd. de Jesús Padilla Gálvez, Madrid: Trotta.
— (2016*a*): *Tratado lógico-filosófico*, trad. e introd. de J. Padilla Gálvez, Valencia: Tirant lo Blanch.
— (2016*b*): *Investigaciones filosóficas*, trad. e introd. de J. Padilla Gálvez, Madrid: Trotta.

Fecha recepción: 5 de octubre de 2016
Fecha aceptación: 16 de mayo de 2016

LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD
THE CRIMINAL LAW PROTECTION OF THE RIGHT TO PRIVACY

Javier Zaldívar Robles

Profesor Asociado de Derecho penal
Universitat Jaume I de Castelló

RESUMEN

La vertiginosa evolución de las nuevas tecnologías y, concretamente, de las redes sociales está configurando una sociedad que vive a diario adicta a sus terminales móviles. En un mundo globalizado, cualquier imagen o comentario colgado en una red social alcanza un número incontrolable de destinatarios en apenas segundos; lo que conlleva a desvirtualizar lo virtual. Asimismo, uno de los grandes riesgos que esta sociedad está afrontando es el de convertir la privacidad en un escenario o pasarela abierto permanentemente al público en el que se pierde el control de la esfera privada. El objetivo del presente artículo es abordar los distintos ámbitos de protección jurídica del derecho de la intimidad, analizando de forma más exhaustiva el ámbito penal.

PALABRAS CLAVE

Nuevas tecnologías, redes sociales, derecho a la intimidad, imagen, derecho penal, privacidad.

ABSTRACT

The fast development of new technologies and particularly, social networks, are setting up a society who lives addicted to their mobile devices daily. In a globalized world, any image or comment posted on a social network reaches an uncontrollable number of recipients in just a few seconds, which leads to virtual world devirtualize. Also, one of the major risks which this society is facing is convert privacy in a public setting or an open gateway permanently opened to the public, losing control over the privacy. The purpose of this article is to address different areas of legal protection of the right of privacy, but focusing exhaustively in criminal matters.

KEYWORDS

New technologies, Social networks, Right to privacy, Image, Criminal law, privacy

LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Javier Zaldívar Robles
Profesor Asociado de Derecho penal
Universitat Jaume I de Castelló

1. INTRODUCCIÓN

Hace más de dos años, el 28 de febrero de 2014, el diario *El País* publicó en su versión digital una noticia con este titular: «Inteligencia británica interceptó webcams de usuarios de yahoo». En el cuerpo de la información, podía leerse lo siguiente: «Durante los primeros seis meses de 2008, un programa del GCHQ (Government Communications Headquarters) recopiló planos de conversaciones en video de más de 1,8 millones de titulares de cuentas de Yahoo!, afirmó *The Guardian* citando documentos filtrados por el exanalista estadounidense Edward Snowden, refugiado en Moscú. Entre esas imágenes, figuran "una cantidad sustancial de comunicaciones explícitamente sexuales", añadió el diario en el artículo publicado en su edición en internet».

En la actualidad convivimos diariamente con noticias como el espionaje entre Estados, el espionaje entre multinacionales o, descendiendo a lo cotidiano, invasiones en la esfera privada entre particulares, conductas invasoras y lesivas para cualquier ciudadano. Expresiones como *sexting*, *grooming*, *pharming*, *phishing*, *hacker*, *cracker* o el reciente *leakednude* han pasado a formar parte de nuestra preocupación cotidiana.

El uso de las nuevas tecnologías y de las redes sociales está provocando una creciente sensación de inseguridad en la privacidad de las personas. Así las cosas, la sociedad debe plantearse exigir a los poderes públicos una regulación más proteccionista y garantista del derecho a la intimidad. Esta nueva concienciación social ya está obteniendo resultados: por ejemplo, la presión ejercida por sociedad americana ha dado como resultado la reciente aprobación en el Senado de los EEUU la reforma de la polémica Patriot act[1] y, consecuentemente, el recorte de poderes a la NSA. No obstante, conviene señalar que una protección eficaz de nuestra intimidad nace en el propio individuo y en cómo gestiona las barreras de seguridad previstas.

En este artículo pretendo abordar de manera sucinta los distintos ámbitos de protec-

ción del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento jurídico, profundizando en el análisis del Derecho punitivo.

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

2.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Debemos al escritor Milan Kundera esta excelente reflexión: «La persona que pierde su intimidad, lo pierde todo». Me planteo al respecto si hemos perdido «todo» en la sociedad actual. Con frecuencia se debate sobre la «intimidad», pero realmente debemos preguntarnos qué es el derecho a la intimidad y qué características o parámetros definen su contenido. No es tarea fácil perfilar un concepto estable y pacífico del derecho a la intimidad, habida cuenta de que se trata de un bien jurídico que va mutando con el transcurso del tiempo y los cambios sociales.

El punto de partida hay que fijarlo en el individuo. Como señala Herrero Tejedor, los derechos de la personalidad (el derecho a la intimidad, entre otros) hay que radicarlos en la propia persona, puesto que «todo el derecho existe por causa del hombre, y es este el sujeto primario e indefectible tanto del derecho privado como del público, los derechos de la personalidad son innatos y se adquieren por el simple hecho del nacimiento (artículo 32 CC)»[2]. Por este motivo, no es casualidad que, en su artículo 10.1, nuestra Carta Magna disponga que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad conforman el fundamento del orden político y de la paz social.

Tradicionalmente, el derecho de intimidad se identificaba con el «derecho de reserva» o el «derecho a la vida privada». Las facultades jurídicas ostentadas por el titular del derecho le permitían oponer cualquier tipo de exclusión o barrera de su ámbito familiar o personal frente a terceros. Este enfoque clásico del derecho a la intimidad lo ubicaba como un apéndice del derecho al honor.

Con la vertiginosa evolución tecnológica a finales del siglo XIX, y de la mano de la obra de Warren y Brandeis[3], nace en la cultura anglosajona el derecho a la *privacy*, un nuevo derecho autónomo dentro de la familia de los derechos de la personalidad. Como también hizo el profesor Fayos en una de sus obras[4], merece la pena rescatar aquí un clarividente fragmento del artículo de ambos autores: «De la convivencia —más bien de la necesidad— de tal protección, creemos que no puede haber ninguna duda. La prensa está sobrepasando en todas las direcciones los límites obvios de la propiedad y de la decencia […] y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha vuelto más sensible hacia la publicidad, de manera que la soledad y la intimidad se han hecho más esenciales para el individuo». Quisiera poner de relieve que esta reflexión la realizaban a finales del siglo XIX un abogado de prestigio (Warren) y su exsocio (Brandeis), que a la postre fue nombrado juez del Tribunal Supremo americano, y que en el texto destacaban la necesidad de «soledad e intimidad» por tratarse de una parte esencial para el ser humano. Sin duda, 125 años después de la publicación de dicho artículo el contenido del mismo es perfectamente aplicable y exigible en la actualidad.

Con el nacimiento del *right to privacy* se han ido forjando nuevos mecanismos de defensa o tutela de la intimidad. En primer lugar, es la persona como titular del derecho a la intimidad la que debe imponer un control sobre sus datos personales que circulan en la sociedad tecnológica —es lo que se conoce hoy en día como el *habeas data*—. Este control o gestión de los propios datos se realiza mediante el derecho de acceso a los bancos de datos y los derechos de rectificación o de cancelación. Por lo tanto, la cultura anglosajona de la *privacy* interpreta el derecho a la intimidad como una esfera de libertad con proyección social que la persona ejercita con plena libertad y control. En segundo lugar, impera un mayor control

institucional de todo lo que rodea al mundo de las nuevas tecnologías (así nació en España la Agencia de Protección de Datos).

Ubicados ya en la actualidad, resulta patente que hoy en día Internet es un mundo «virtual» en el que se relacionan las personas, las instituciones (públicas o privadas), los partidos políticos y todo tipo de entes y organismos. Estas relaciones *inter partes* se gestionan a través de correos electrónicos, cíbernavegación, compras, apuestas, contrataciones *on line*, etc. Dentro de este «mundo virtual» se realizan numerosas actividades que ponen en grave peligro la intimidad de los ciudadanos a nivel global, configurándose un nuevo estatus bautizado como «el ciudadano de cristal o transparente»[5].

En los últimos años, los tribunales y otros operadores jurídicos han advertido que se está sobrepasando con creces el límite del derecho a la información o la libertad de expresión en detrimento del derecho a la intimidad o privacidad del individuo. Esta preocupación ha quedado recientemente plasmada en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha resuelto a favor de un ciudadano español que ejercitaba su «derecho al olvido» contra la plataforma Google. Profundizaré más adelante en esta importante resolución.

2.2. CONCEPTO DE INTIMIDAD Y OTROS TÉRMINOS ASIMILADOS

En la segunda acepción del término, el diccionario de la RAE define la «intimidad» como la «zona espiritual íntima y reservada de una persona o grupo, especialmente de una familia»[6]. La idea que subyace es que nos encontramos en la zona más interna y espiritual de una persona, en un espacio que debe ser custodiado con recelo para evitar que llegue al conocimiento general de terceras personas; se trata, en fin, de una parcela privada y sometida a la voluntad única y exclusiva de su titular y no del público.

Algún sector de la doctrina y también el TC han asumido una concepción subjetiva de la intimidad que la considera como un espacio íntimo bajo el prisma no de pautas sociales o culturales, sino desde un enfoque personal, es decir, de lo que cada sujeto entienda como íntimo[7]. En la jurisprudencia consolidada de los años 90, el Tribunal Constitucional consideraba que el derecho a la intimidad personal implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana[8] según las pautas de nuestra cultura. Recordemos que esta caracterización se aproxima al concepto que defendían Warren y Brandeis en su artículo doctrinal sobre el *right to privacy* a finales del siglo XIX[9].

Algunos términos asimilados a la intimidad son los siguientes: privado, confidencial, reservado, personal, esencial u oculto. Aunque estos son distintos a la acepción de la intimidad arriba reproducida, no es menos cierto que se utilizan en un lenguaje cotidiano o vulgar como sinónimos[10]. Asimismo, nos encontramos con la utilización indistinta de los términos intimidad y vida privada. Para Rebollo Delgado[11], el concepto de vida privada es muy amplio y genérico, y da cabida a toda aquella información que el titular no desea que se conozca de manera general por el resto de personas.

2.3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

La protección de la intimidad no es una empresa fácil. En la sociedad contemporánea, el núcleo personal y familiar íntimo se ha vuelto más vulnerable. En muchos hogares, cualquier miembro puede acceder a las redes sociales a partir de temprana edad con un ordenador portátil, una *tablet* o un *smartphone*, y tiene capacidad de navegar, chatear o «tuitear» información, fotos o vídeos. Todo este volcado de datos en el mundo virtual se realiza en la mayoría de ocasiones por el individuo sin adoptar medidas de

protección y control en relación con las personas que pueden acceder a dicha información, lo que deriva en una pérdida de control de esos datos personales, que quedan al alcance de cualquier persona que los consiga en la red.

En mi opinión, coincidente con la de la mayoría de los expertos en la materia, la protección más importante del derecho a la intimidad parte de una conducta preventiva del propio usuario de la red. Es necesario transmitir una mayor concienciación e información a los jóvenes (y a los no tan jóvenes) de los riesgos inherentes al volcado de información de naturaleza sensible o íntima en las redes sociales. El usuario de esas plataformas debe ser diligente y activar todos los mecanismos de control y seguridad, así como establecer los máximos filtros para evitar o, cuando menos, dificultar que cualquier persona desconocida o «no deseada» tenga acceso a esa información privada o personal.

En la actualidad, la protección del derecho a la intimidad se regula en dos escenarios jurídicos distintos. El primero es el marco legal europeo, habida cuenta que España, como Estado miembro de la Unión Europea, queda sometida al cumplimiento de las Directivas que provienen del órgano legislativo de Bruselas. El segundo es el ordenamiento jurídico interno o nacional, dividido a su vez en las protecciones que brindan los órdenes constitucional, civil, administrativo y penal.

Interesa traer a colación algunos movimientos que están emergiendo como consecuencia de la concienciación social de la necesidad imperiosa de proteger la información e intimidad personal, como la conocida «Lista Robinson»[12]. Esta lista de exclusión publicitaria —gestionada por Adigital y de carácter gratuita— es un servicio a través del cual los ciudadanos se inscriben porque no desean recibir publicidad de entidades con las cuales no mantienen ni han mantenido ningún tipo de relación comercial.

Finalmente, quisiera poner de relieve la reciente normativa[13] en materia de protección de los consumidores y usuarios destinada a prohibir que a partir de ciertas horas y días concretos (festivos o fines de semana) se realicen llamadas con fines comerciales o de publicidad (las llamadas conocidas como «*spam* telefónico»), dado que estas merman la calidad de la vida personal y familiar de quien las recibe,y, por extensión, perturban la intimidad de los consumidores y usuarios.

2.4. LA INTIMIDAD DEL SIGLO XXI

No existe una postura doctrinal pacífica en torno al contenido del derecho a la intimidad. El motivo es obvio: la intimidad puede ser percibida de forma distinta y con límites diferentes en distintos momentos de la vida de las personas. También se asume por algunos individuos que su derecho a la intimidad queda reducido cuando ostenta alguna profesión o cargo que le coloca en el punto de mira de todos los objetivos de los medios de comunicación y, por ende, de la opinión pública.

El concepto de intimidad ha ido mutando a lo largo de la historia. Al respecto, Giddens[14] señala que la intimidad configuró un binomio con la sexualidad de las personas a lo largo de la evolución de la sociedad. En su obra sostiene que el amor romántico (cuyo nacimiento se ubica a finales del siglo XVIII), que separa conceptualmente del *amour passion*, ya suscitaba el debate conceptual sobre la intimidad, ya que se entendía que esta era incompatible con la lujuria y con la sexualidad terrenal (cualidades que se desarrollaban de forma más pasional o animal en el *amour passion*)[15]. Asimismo, insiste en que la intimidad ha entrado en una nueva fase histórica, que es la que nos afecta hoy en día y que denomina la «democratización de la vida personal»[16]. Una sociedad democrática debe sostenerse en el principio de la autonomía, entre otros, del cual debe gozar todo individuo para su desarrollo personal y familiar.

Debo concluir apuntando que la preocupación por proteger el derecho de intimidad

es una realidad que se encuentra sobre la mesa de debate en la UE. Las instituciones europeas son conscientes de la necesidad de aprobar un Reglamento ajustado a los tiempos actuales sobre el tratamiento de los datos privados y sensibles de los ciudadanos. Hasta la fecha, sigue vigente la Directiva 1995/46/CE en materia de protección del tratamiento de los datos de las personas físicas y su circulación, sin duda ya obsoleta si tenemos en cuenta la rapidez con la que avanzan las nuevas tecnologías.

2.5. ANÁLISIS DE NOTICIAS ACTUALES

El prestigioso periódico alemán *Die Welt* publicaba el artículo «Maas warnt vor dem gläsernen Autofahrer»[17]. En una entrevista concedida al citado medio por el ministro de Justicia de Alemania, Hr. Heiko Maas, el político criticaba de forma contundente los medios tecnológicos utilizados en los vehículos modernos (conocidos como *smart cars*). A través de los *smart cars* se recopila todo un elenco de datos e información como la ubicación del vehículo en todo momento y hora (GPS), la velocidad media, máxima y mínima de circulación, el número de personas que ocupan el vehículo e incluso en qué posición, además de otros datos que también se recogen en una central de datos del vehículo, datos que son posteriormente almacenados en un disco duro del ordenador del turismo. A la luz de todo ese compendio de información, el ministro alemán afirma con notoria preocupación que se podría estar vulnerando seriamente el derecho de intimidad de los alemanes (*Persönlichkeitrechts*), quienes, no lo olvidemos, consideran su automóvil como una extensión de su esfera privada e íntima. El debate que se está suscitando en la opinión pública gira alrededor de diversas cuestiones: ¿a quién pertenecen todos esos datos recogidos en el ordenador del vehículo?, ¿quién ostenta la legitimación o titularidad de esos datos?, y, finalmente, ¿pueden ser utilizados estos datos por los poderes públicos como prueba de cargo en un procedimiento judicial contra el propio conductor o propietario del vehículo? Podemos comprobar que no son cuestiones baladíes y que en la actualidad existe una profunda preocupación en la sociedad germana sobre la necesidad de proteger de forma más eficaz y eficiente la vida privada (*die Privatsphäre*) desarrollada dentro del vehículo particular.

Otra de las noticias destacables ha sido la voz de alarma lanzada por los operadores jurídicos y por expertos informáticos respecto a la vulnerabilidad de la plataforma WhatsApp. En el periódico El País se publicaba el artículo «Whatsapp, falso testigo»[18] en el que dos ingenieros informáticos españoles expertos en ciberseguridad afirmaban que habían podido quebrar el código de dicha plataforma para modificar el remitente de un mensaje. De esta forma, dejaban en entredicho la «seguridad» del servicio de mensajería que utilizan más de 500 millones de usuarios, así como la inseguridad que se origina cuando en sede judicial se utiliza como material probatorio mensajes enviados desde una plataforma donde puede ser «manipulable» el remitente —fácilmente suplantable por otra persona—, con las consecuencias jurídicas que esto conlleva si hablamos de posibles infracciones penales como delitos de extorsión, amenazas graves, o posibles infidelidades conyugales inexistentes, pero lanzadas por quien suplanta falsariamente al remitente. En reciente sentencia[19], el Tribunal Supremo ha advertido de que no se aceptará como prueba válida cuando la autenticidad de las conversaciones en sede virtual sea puesta en entredicho por la otra parte y que la carga probatoria recaerá sobre quien pretenda hacerlas valer, que deberá corroborar dicha prueba mediante un perito experto en la materia que acredite su veracidad.

Es claro, por lo tanto, como ya denunciaba Bueno Mata[20], que «la Justicia no está preparada, no existe a día de hoy la figura del Juez 2.0». Esta afirmación la sostiene con el argumento de que la Ley de Enjuiciamiento Civil es del año 2000 y la plataforma Whatsapp se creó en el año 2009).

Al hilo de lo expresado por Bueno Mata, en el ámbito del Derecho procesal penal conviene

reseñar que la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido recientemente modificada mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas y por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Esta reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal persigue adecuar las nuevas investigaciones de delitos tecnológicos por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad a la normativa europea, así como a la interpretación protectora y limitadora de los derechos fundamentales en juego que venía siendo elaborada jurisprudencialmente debido a la obsolescencia de la norma procesal.

Finalmente, quisiera reseñar que uno de los ámbitos que más inquieta a los Estados y a las empresas es la ciberseguridad y, en concreto, la protección de los datos de carácter íntimo y sensible que pueden ser captados por los *hackers*. Hace apenas unos meses se publicaba la noticia titulada «España busca hackers de los buenos»[21], texto que incidía en la problemática actual y global del robo de información de datos en Internet. Según la periodista que firma la noticia, España es el segundo país más atacado (después de EE. UU.) y concentra el 20% de los ciberataques internacionales, lo que denota la gravedad del asunto y la constante puesta en peligro de la intimidad de millones de ciudadanos; una muestra de ello es la repercusión internacional originada por la filtración de los datos de filiación de muchos clientes de la agencia Ashley Madison.

3. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

3.1. ESPACIO EUROPEO

España, como cualquier Estado miembro perteneciente a la UE, se encuentra sujeto a la normativa que dimana de los órganos legislativos de la Unión. Ya en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950) se regula *the right to the respect for private and familiy life*, es decir, el derecho a la vida privada y familiar, que engloba la intimidad del domicilio y la inviolabilidad de la correspondencia y establece límites a la injerencia por parte de los poderes públicos o de terceros.

A partir de los años 80, en la entonces denominada Comunidad Económica Europea nacía la preocupación por el derecho a la intimidad de sus ciudadanos y por el tratamiento que debía realizarse de la información de contenido sensible del ámbito de la intimidad. La primera norma europea dictada fue el Convenio núm. 108 del Consejo, del año 1981, que regulaba la protección de las personas en lo concerniente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal e incidía, sobre todo, en el derecho al respeto de la vida privada. Con la Directiva 95/46/CE (vigente en la actualidad) del Parlamento y el Consejo, de 24 de octubre de 1995 (en adelante, «la Directiva»), la UE perseguía mejorar en la protección del derecho a la intimidad de sus ciudadanos. Otra de las notas a destacar de la Directiva es la remisión a los Estados miembros para que estos regularan los recursos y sanciones a imponer por las infracciones cometidas contra la normativa, así como la propuesta de que se regulara un recurso de naturaleza administrativa ante las autoridades, lo que en nuestro ordenamiento conllevó a la creación de la Agencia Española de Protección de Datos.

Sin ánimo de ser exhaustivos, debemos citar otras normas como la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DO L 201, de 31 de julio de 2002), modificada por las Directivas 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con

la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones (DO L 105, de 13 de abril de 2006) y 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (DO L 337, de 18 de diciembre de 2009) y la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de la UE, de 24 de febrero de 2005, de protección de la seguridad informática por parte de los Estados miembros.

Por último, dada su actualidad y relevancia, no puedo obviar el análisis de la sentencia de fecha 13 de mayo de 2014 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala)[22], que abordó una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional con base en el artículo 267 TFUE y resolvió un caso sobre el derecho al olvido ejercitado por un ciudadano español que demandó a las compañías Google Spain, S.L. y Google Inc. Cabe destacar de la resolución los siguientes argumentos: i) la actividad realizada por los motores de búsqueda para hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y ponerla a disposición de terceros internautas se califica como tratamiento de datos personales y, por lo tanto, el gestor de estos motores es el responsable de dicho tratamiento; ii) se considera tratamiento de datos personales en el marco de actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento, en un territorio de un Estado miembro aun cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios por el motor de búsqueda y cuya actividad tiene como destinatarios los habitantes de ese Estado miembro; iii) el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda realizada a partir del nombre de una persona con vínculos a páginas web, publicación de terceros que contenga información de esa persona, aunque en dichos vínculos o web su publicación fuera lícita; iv) en relación con el derecho al olvido, el Tribunal resuelve a favor del interesado y le faculta a exigir la retirada de una información relativa a su persona cuando no se ajuste a la realidad y le ocasione un perjuicio al salir vinculada a su nombre en una lista de resultados obtenida tras la búsqueda, todo ello por encima de otros intereses que puedan verse afectados como los rendimientos económicos del gestor de motor de búsqueda o el interés del público en general de acceder a esa concreta información sobre esa persona.

No obstante, pese a los argumentos detallados, el Tribunal deja abierta la excepción para aquellos supuestos en que la persona física tenga proyección pública y, por lo tanto, la injerencia esté justificada por el interés «preponderante» del público en disponer del acceso a tal información.

3.2. ÁMBITO CONSTITUCIONAL

La regulación del derecho a la intimidad se encuentra ubicada en el artículo 18 CE como un derecho fundamental y está desarrollada en la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/82). Asimismo, debe citarse la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, por su afectación al derecho de la intimidad de las personas, y la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, complementaria a la Ley 11/2002, de 7 de mayo, que reglamenta el funcionamiento del Centro Nacional de Inteligencia y pretende establecer las bases de un control judicial (concretamente por un magistrado del Tribunal Supremo) de las actividades desplegadas por el CNI siempre que se vean afectados

los derechos fundamentales del artículo 18.2 y 3 CE (la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones)[23].

El perfil del derecho a la intimidad —en constante conflicto, como es sabido, con el derecho fundamental de libertad de información— ha ido moldeándose por la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Hasta no hace muchos años, el TC venía otorgando una prevalencia casi automática a la libertad de expresión en detrimento de la intimidad de aquellas personas de naturaleza pública. No obstante, en los últimos dos años (2013-2014) el máximo garante e intérprete de los derechos fundamentales ha dictado algunas sentencias en las que se percibe una posición más proteccionista del derecho de la intimidad de las personas, aun tratándose de personalidades públicas, siempre y cuando la información publicada no goce del interés general de la ciudadanía. Dado que en el presente artículo no pretendo analizar el orden jurídico, recomiendo la lectura y análisis de una de estas últimas sentencias publicadas por el Tribunal Constitucional[24].

3.3. ÁMBITO CIVIL

Como he adelantado, en el orden civil la norma que regula y protege el derecho de la intimidad es la LO 1/1982. En el epígrafe anterior afirmaba que la intimidad es un derecho fundamental que se reconoce en el apartado primero del artículo 18 CE (junto al derecho a la propia imagen), y es pacífica la doctrina constitucional en considerarlo un derecho autónomo[25] respecto a los derechos recogidos en los apartados segundo (la inviolabilidad del domicilio), tercero (secreto de las comunicaciones) y cuarto (el *habeas data* o derecho de los datos informáticos) del mismo precepto.

Considero interesante señalar que la LO 1/82 es la norma aplicable a los efectos de facilitar los criterios para calcular la indemnización civil por vulneración de los derechos que protege cuando estos son perseguidos y castigados en un procedimiento penal.

Cabe finalmente reseñar que, pese a las habituales fricciones entre el TS y el TC (como muestra, remito a la lectura de la STC 7/2014 de 27 de enero), no podemos soslayar la interpretación del derecho a la intimidad realizada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo[26], en relación con unos comentarios emitidos en un programa de gran audiencia en nuestro país, *El intermedio*; el presentador de este espacio vertió afirmaciones de contenido injurioso y denigrante respecto a una persona pública, y resaltó su posible homosexualidad. A modo de resumen, las argumentaciones del TS fueron las siguientes: i) en relación con la ponderación de los derechos fundamentales en colisión (el derecho a la intimidad y el honor *vs.* el derecho a la información y expresión), el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión, al igual que el de información, garantiza un interés constitucional relevante, pero encuentra un límite constitucionalmente reconocido en el derecho a la intimidad de las personas; ii) en relación con la «doctrina del reportaje neutral», rechaza su aplicación al entender que el programa objeto de controversia no tienen el amparo de tal doctrina, dado que los comentarios vertidos por el presentador del programa fueron propios y de naturaleza injuriosa [a los que ya procedían de una tercera persona]; iii) no existe un amparo constitucional al derecho al insulto; iv) la ponderación del interés público del asunto tratado era escaso. El Tribunal señala que no debe confundirse la noticia que pueda tener una trascendencia o interés público con otra de carácter privado y personal que pueda interesar a un cierto público, ávido de este tipo de información ajena como mero entretenimiento; v) finalmente, la resolución aborda los comentarios jocosos sobre la inclinación sexual de una persona y explicita de qué manera pueden lesionar la intimidad del demandante: «Con respecto a las expresiones relativas a la condición sexual del demandante, la doctrina de esta Sala y del

Tribunal Constitucional han declarado que la atribución de una determinada condición sexual sin consentimiento y en contra de la conducta públicamente conocida, puede ser formalmente lesiva del derecho a la intimidad cuando aparece desvinculada de cualquier finalidad informativa y del objetivo de formación de una opinión pública libre (SSTS 03-03-2003 en RC 2160/1997, 22-06-2010 en RC 1902/2007 y 28-06-2012 en RC 591/2011; STC 77/2009 FJ 4) […,] porque a menudo, el propósito burlesco, *animus iocandi*, se utiliza precisamente como instrumento del escarnio (SSTC 176/1995 FJ 5 y 23/2010 FJ 5)».

4. LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD: LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

4.1. NORMATIVA REGULADORA

La Agencia Española de Protección de Datos es una de las instituciones que conforman lo que la doctrina denomina «garantías institucionales», y coexiste con otras instancias de tutela de los derechos fundamentales como el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo, o los juzgados y tribunales ordinarios, sin olvidar del procedimiento del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La AEPD viene regulada por la siguiente normativa: i) Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; ii) Real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; iii) Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos.

4.2. ANÁLISIS DE ALGUNAS RESOLUCIONES DE INTERÉS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

A continuación analizo dos resoluciones recientes de la AEPD que suscitan algún interés jurídico en lo que concierne al derecho a la intimidad.

– Denegación del derecho de cancelación a un paciente respecto a sus datos de un fichero de centro médico[27]:

En este caso, el reclamante ejercitó su derecho de cancelación ante la entidad reclamada y su solicitud obtuvo la respuesta legalmente exigible;

«En virtud del artículo 33.1 del RLOPD relativo a la denegación de los derechos de rectificación y cancelación, determina: La cancelación no procederá cuando los datos de carácter personal deban ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado que justificaron el tratamiento de los datos. En consecuencia, la cancelación solicitada está basada en la supresión de los datos personales necesarios para la gestión de la relación contractual existente entre reclamante y reclamado por lo que no procede la cancelación solicitada (…) el derecho fundamental a la protección de datos no resulta absoluto, ni prevalece en cualquier caso ante otros intereses o derechos dignos de protección, como la propia jurisprudencia constitucional establece […]».

Por todo lo anteriormente expuesto, la cancelación de los datos contenidos en las historias clínicas relativos a la salud del individuo y cuya consulta resulte adecuada para preservar su salud, deberán conservarse durante el tiempo adecuado a cada caso, obviamente sustentándose en el criterio médico, y no procede cancelar dichos datos cuando pudiera perju-

dicarse la salud futura del paciente al que se refieren los mismos.

– Denegación de protección a un notario por vulneración del derecho a la intimidad por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Archivo de las actuaciones por falta de competencia de la AEPD[28].

En este caso se abordó la denuncia interpuesta por un registrador de la propiedad a la DGRN por la incorporación a la resolución de fecha 0000, que resolvía el recurso gubernativo interpuesto contra la calificación negativa efectuada por el denunciante con la utilización de expresiones y valoraciones merecedoras de un procedimiento sancionador.

La AEPD se acogió a la doctrina establecida en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional[29] configura el derecho fundamental a la protección de datos de forma autónoma respecto al derecho a la intimidad y señala, en su FJ 6: «La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad […] En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno […], es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos […]. De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal […]. Pero también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados derechos de hacer […]».

Así las cosas, la AEPD considera que los juicios de valor sobre la conducta del denunciante realizadas por la DGRN en la resolución de 0000 podrían constituir una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del denunciante, si bien debieran reconducirse y reclamarse ante la instancia jurisdiccional competente en la materia civil, habida cuenta de que la AEPD carece de competencia para conocer de aquella posible intromisión ilegítima.

4.3. LA PROBLEMÁTICA EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Sin duda, uno de los problemas existentes en la normativa vigente es el desamparo en el que se encuentran las personas jurídicas en lo que respecta a la protección de su intimidad.

El derecho a la intimidad se configura como parte de la estructura que conforman

los derechos de la personalidad de las personas físicas, ya que la misma se encuentra anclada al derecho del libre desarrollo de la personalidad. La controversia surge en torno a los entes o personas jurídicas, porque la protección dispensada por la Directiva 95/46/CE al tratamiento de los datos personales contempla únicamente a las personas físicas y, por lo tanto, la trasposición de la normativa europea en nuestro ordenamiento interno en la LOPD así lo ha previsto (me remito a la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 31 de marzo de 2014 [30], entre otras).

Por todo lo dicho, las personas jurídicas carecen de los mecanismos de defensa en sede administrativa ante la AEPD y quedan forzadas a un peregrinaje hacia la jurisdicción civil.

4.4. LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD ANTE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

Cuando se trata del derecho a la intimidad y, concretamente, a los datos de carácter personal del ciudadano, tampoco se puede exonerar al poder judicial de su riguroso cumplimiento. La Administración de Justicia debe cumplir con el máximo sigilo el tratamiento de los datos personales del justiciable, al igual que cualquier otro operador jurídico.

Existe abundante normativa jurídica, internacional o nacional, que obliga a la Administración de Justicia en el ejercicio de sus funciones a respetar y proteger la intimidad de las personas: el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; los artículos 10.1 (la dignidad de la persona) y 18.4 (limitación por ley del uso de la informática como garantía del honor, la intimidad personal y familiar del ciudadano) de la Constitución Española; el título VI de la LOPJ (que recoge los principios y reglas que informan el estatuto y actuación de los jueces y tribunales); o incluso la LOPD, que contempla un catálogo de supuestos exentos de aplicación de la norma (por ejemplo, en materia de terrorismo o para el Registro Civil), pero nada consta sobre la exención en su aplicación para la Administración de Justicia[31].

5. LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL CÓDIGO PENAL: ESPECIAL REFERENCIA A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

En este último epígrafe procedo al estudio de la protección jurídico penal de la intimidad. Son de obligado análisis las novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, en vigor desde el 1 de julio de 2015. Esta reforma pretende mejorar la tutela jurídica de la intimidad y castiga conductas en auge como el llamado *revenge porn*. Otra cuestión novedosa ha sido la introducción de un tipo penal cualificado cuando el sujeto activo utilice datos personales de otra persona (una suplantación virtual de la identidad) con la finalidad de vencer la desconfianza de su víctima y lograr vulnerar su esfera íntima. Finalmente, mediante esta reforma de 2015 el legislador continúa adaptando la técnica jurídica de los delitos de intrusismo informático y trata de mejorar la lucha contra estas conductas lesivas e invasoras.

La regulación de los tipos delictivos que protegen el derecho de la intimidad se recoge en el Libro II del CP en el Título X (Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio) que se estructura en dos capítulos: el primero abarca el delito de descubrimiento y revelación de secretos (artículos 197 a 201) y el segundo capítulo engloba las conductas típicas del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público (artículos 202 a 204). No obstante, mi análisis se centrará en aquellas conductas típicas lesivas del derecho de la intimidad realizadas mediante el uso de las nuevas tecnologías, concretamente

en el artículo 197 en toda su extensión y modalidades.

Este artículo ya había sido reformado por la LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo algunos tipos novedosos como el «intrusismo informático». Como señaló Fernández Teruelo[32], esta reforma obedecía a la obligación de los Estados miembros de cumplir con la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de la Unión Europea de 24 de febrero de 2005, que pretende que los Estados miembros protejan la «seguridad informática» y, en particular, los accesos no consentidos en sistemas informáticos ajenos, pero con medidas penales. El objetivo de la Unión Europea es frenar la creciente actividad delictiva por algunas organizaciones criminales (con clara vocación transfronteriza en sus actividades) y luchar contra actividades terroristas, todo ello dentro de la Red o espacio virtual.

Hay que partir del tipo básico regulado en el artículo 197 CP, que es el pórtico de entrada a las conductas tipificadas en el presente capítulo, el más descriptivo y el más extenso.

El artículo 197.1 CP tiene su *ratio legis* en el antiguo artículo 497 *bis* del CP del 1973, reformado por la LO 18/1994 (TS núm. 1219/2004, 10-12), motivada por los avances de la comunicación general (AP Valencia, sección 4ª, núm. 421/2005, de 2-12). Este primer punto del artículo regula el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos según la doctrina mayoritaria[33], matizado por otro sector de la comunidad científica que considera que únicamente forma parte del tipo básico el primer inciso del artículo 197.1[34].

El bien jurídico tutelado es la intimidad; así lo señala el Tribunal Constitucional en la sentencia 134/1999, de fecha 15 de julio, y el Tribunal Supremo, en las sentencias 694/2003, de 20 de junio; núm. 872/2001, de 14 de mayo y núm. 1099/1999, de 24 de junio. Se conculca la intimidad cuando en una actividad personal realizada con otra persona esta dispone de ese hecho o dato, pues la intimidad es un derecho personalísimo que no puede ser compartido sin el consentimiento de su titular legítimo. Lo que se protege en el derecho fundamental del artículo 18.1 CE, con su proyección penal en el artículo 197 CP, es una dimensión de la intimidad y no el secreto de la misma, como sucede en las comunicaciones[35]. El término «secreto» queda hilvanado a la idea de intimidad, por lo que no debe interpretarse *strictu sensu* en el sentido de «confidencial», sino más bien desde la vertiente de la intimidad o privacidad de las personas. De forma más o menos pacífica, se acepta que el contenido de «secreto» lo constituyen las informaciones o datos que son desconocidos, camuflados o subrepticios para el agente, informaciones que el sujeto pasivo —y titular de la misma— no desea que lleguen a ser conocidas por el sujeto activo[36] y que son solo sabidas por una persona o por un círculo reducido de personas de la confianza del sujeto pasivo.

En numerosas ocasiones surge la fricción entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, conflicto que comporta el análisis de si la conducta es antijurídica o si, por el contrario, tiene encaje en una causa de justificación del artículo 20.7 CP (ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio). A este respecto, hay que señalar que está fuera de toda duda que las injurias, la rumorología, las insidias o los insultos no tienen la consideración de información, por lo que no quedan amparados por el ejercicio legítimo del derecho a la información[37].

Nos encontramos ante un delito común en el que el sujeto activo puede ser cualquier persona, pero ha de actuar sin el consentimiento del titular de la intimidad[38]. El sujeto pasivo será el titular del bien jurídico, que coincide con el titular del objeto material del delito[39]. Quedan excluidos de protección como titulares de la intimidad y, por ende, como sujeto pasivo de este delito las Administraciones Públicas, habida cuenta de que el derecho a la intimidad es incompatible con las normas que regulan su actividad —entre otros, los principios de publicidad y transparencia[40]—.

En cuanto a los verbos rectores de la acción del apartado primero del artículo 197, podemos afirmar que este recoge dos tipos básicos con modalidades comisivas distintas.

La primera conducta típica consiste en apoderarse de documentación (papeles, cartas, correos electrónicos, etc.) y la relevancia penal radica en la propia conducta de apropiarse de su contenido sin consentimiento del titular[41]. No es preciso un apoderamiento físico del material; será suficiente para su reproche penal que el agente se haga con la información «íntima» mediante cualquier técnica que permita su reproducción posterior[42].

La segunda conducta punible es la interceptación de las telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción. Sin duda, el legislador ha querido dejar un *numerus apertus* con la expresión «cualquier otra señal de comunicación». Se trata de una cláusula general dirigida a evitar eventuales lagunas de punición derivadas de los avances tecnológicos. Un sector de la doctrina cataloga la acción típica como de «tipo mixto alternativo»[43].

En cuanto al elemento del tipo subjetivo, se exige que concurra en el agente una conducta dolosa consistente en el propósito de conocer o descubrir los secretos[44], o de vulnerar la intimidad de la otra persona sin su consentimiento. En este sentido, y según un sector de la doctrina[45], el legislador ha introducido la preposición «para» con la clara finalidad de adelantar las barreras punitivas.

La jurisprudencia viene resolviendo que se trata de un tipo delictivo de intención mutilado en dos actos cuya consumación se produce tan pronto como el sujeto activo accede a los datos[46], sin que se requiera un efectivo descubrimiento del secreto o de la intimidad del sujeto pasivo[47]. De acuerdo con este criterio, la modalidad consistente en la interceptación de las comunicaciones o en la utilización de artificios de grabación se consuma cuando tiene lugar dicha interceptación o grabación, con independencia de que el autor llegue o no al correcto conocimiento de las conversaciones o datos objeto de las mismas[48]. En lo que respecta al *iter criminis*, cabe señalar que encajan formas imperfectas como la tentativa en aquellos casos en que únicamente se ha procedido a la instalación de los sistemas de escucha, grabación o captación de información mediante programas informáticos, sin que se hayan puesto en funcionamiento[49].

La casuística sobre este tipo delictivo es variopinta: por citar algunos casos reseñables, se ha condenado a un sujeto que fotocopió diversas agendas, expedientes y otros documentos de un abogado[50]; o a un marido que instaló un mecanismo de grabación de conversaciones telefónicas en el domicilio conyugal para comprobar si su esposa le era infiel[51]. Sin embargo la jurisprudencia ha rechazado la condena de aquel que recibe por error diversos correos electrónicos, cuyo contenido no guarda relación alguna con la intimidad de su destinatario[52] o del cónyuge que podía acceder a documentos de carácter profesional y económico en virtud del derecho de información de los cónyuges existente en la sociedad de gananciales[53]; tampoco se condena por un delito contra la intimidad al funcionario de correos que abre las cartas en busca de dinero, cheques o tarjetas de crédito, al realizar la conducta con un exclusivo ánimo de lucro y no de apoderamiento de datos íntimos o personales [54].

En el art. 197.2 CP el legislador persigue luchar y frenar los abusos informáticos contra la intimidad de las personas. Con este artículo criminaliza conductas que en sede administrativa eran contempladas (y sancionadas) en la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos Personales[55]. Se recogen las conductas penalmente reprochables contra la libertad informática o h*abeas data*, también denominado por un sector de la comunidad científica como «delito de abuso informático»[56]. Sin embargo, una corriente doctrinal divergente representada por Bueno Arús y Serrano Gómez[57] critica la utilización de la denominación de «delito informático» y considera que la utilización de

la informática también encaja en otros títulos del Código Penal —por ejemplo, en el ámbito de delitos patrimoniales—.

El bien jurídico protegido es la libertad informática junto a la intimidad de las personas[58]. El sujeto pasivo es el titular de los datos, y en el término «tercero» debe incluirse al sujeto pasivo[59]. El objeto material son aquellos datos reservados de carácter personal registrados en un fichero que el sujeto pasivo (titular de los datos) pretende que no trasciendan fuera de la esfera de la privacidad[60]. El término «reservado» debe entenderse como todo aquello que no es público, a diferencia de «secreto», que es lo desconocido, oculto, aquel reducto más íntimo del sujeto pasivo que el sujeto activo no conoce y que el sujeto pasivo quiere mantener oculto frente a terceros[61]; pero no son los datos más sensibles del núcleo duro de la privacidad, que son objeto del tipo agravado. La conducta típica del agente consiste en apoderarse, acceder, utilizar o modificar datos personales registrados, es decir, usar ilegítimamente los datos personales insertos en un programa informático. Estas conductas requieren de un *animus* específico de causar daño o elemento subjetivo. No obstante, la expresión «en perjuicio de tercero» debe entenderse referida a la invasión de la intimidad y no a la producción de un perjuicio económico o patrimonial concreto[62]. En cuanto al *iter criminis*, la consumación tiene lugar cuando el sujeto activo accede, conoce y tiene a su disposición el dato[63].

Entre los supuestos de aplicación por nuestros tribunales podemos resaltar el de aquel que se apodera a través de su ordenador de datos personales del padrón municipal[64]; sin embargo, no se considera un dato reservado el número de la cuenta corriente de una persona, pero sí los datos relativos a su saldo, por cuanto revelan la situación económica y la solvencia de su titular[65].

En el artículo 197.3 CP se castiga la difusión, revelación o cesión a terceros de los datos o información descubierta, así como de las imágenes captadas. El legislador impone en el primer inciso un tipo agravado; la *ratio legis* es el mayor perjuicio que se produce al revelar, difundir o ceder a terceros los datos reservados y la mayor vulneración de la intimidad a que dan lugar estas conductas[66]. Se trata de un delito compuesto en su modalidad de tipo mixto alternativo, pues exige una de las conductas del artículo 197 en su apartado primero o segundo y, además, difundir, revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas. En cuanto al elemento subjetivo, es suficiente la concurrencia de un dolo genérico y no se exige ánimo tendencial específico de causar daño a la intimidad ajena[67].

En el inciso segundo se castiga al que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior. Se trata de un tipo autónomo de revelación de secretos de origen ilícito llamado también «delito de indiscreción»[68]. Tiene su antecedente en el CP 1973 (artículo 497 bis) y supone un límite penal al uso arbitrario o ilegítimo de la libertad de expresión[69]. Requiere como elemento subjetivo del tipo que el agente tenga conocimiento del origen ilícito de los datos o imágenes y, por tanto, del acto previo del que derivan.

Tras la reforma de 2015, en los apartados cuarto, quinto y sexto, del artículo 197 CP han quedado reubicados los tipos agravados y cualificados cuando concurran las siguientes circunstancias:

– que la conducta tipificada en el tipo básico (artículo 197.1 o 2 CP) sea realizada por la persona encargada de los ficheros o de soportes informáticos, o cuando se hayan utilizado datos de la víctima sin su autorización;

– que las conductas típicas del artículo 197 afecten a datos de naturaleza sensible de la persona, *ad exemplum:* ideología, religión, vida o preferencias sexuales, o cuando el sujeto pasivo sea menor de edad o persona incapaz;

– que la conducta del sujeto activo sea realizada con finalidad de lucrarse.

La *ratio legis* de agravar las penas del tipo básico estriba en la especial protección que merece lo que la doctrina denomina el «núcleo duro» del derecho a la intimidad, así como en la necesidad de brindar mayor protección a sujetos especialmente vulnerables como los menores de edad e incapaces[70]. Asimismo, la finalidad lucrativa con la que actúa el agente aumenta el tipo del injusto y, por ende, eleva el reproche penal.

El artículo 197.7 CP ha sido una de las novedades introducidas por la reforma de la LO 1/2015. El legislador penal quiere dar respuesta a la creciente problemática social que se genera cuando, en el contexto de una relación de confianza y de intimidad aceptada se intercambian imágenes o grabaciones, y, una vez quebrada esa relación, una de las partes utiliza esta información para divulgarla a terceros sin el consentimiento de la otra persona. Es lo que en la terminología anglosajona se conoce como el *revenge porn*. Como señala Colás, parece que el legislador ha adaptado la evolución del concepto de intimidad por parte del TC e implementa una suerte de tutela de la facultad positiva del ciudadano de controlar aquello que quiere que sea conocido por terceros de su intimidad[71].

La conducta rectora es la siguiente: «El que sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona». Es claro, por lo tanto, que estaremos ante imágenes o vídeos «sensibles» que tienen un desarrollo en una esfera muy reducida de intimidad, pero que, expuestos ante la sociedad y fuera del contexto íntimo, acarreará una lesión a la intimidad de la persona afectada. Con esta nueva figura se pretende evitar anteriores soluciones poco ortodoxas; entre ellas, tratar de darle encaje penal como un delito contra el honor o constreñir a la persona afectada a ejercitar las acciones en la jurisdicción civil a través de la LO 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El artículo 197 bis CP recoge las conductas de acceso ilegal a los sistemas informáticos, novedad ya implementada por la LO 5/2010, de 22 de junio, un tipo que trata de luchar contra el «intrusismo informático» y que castiga a los terceros conocidos como *hackers* o *crackers* que, aunque carecen de autorización, sortean los filtros de seguridad y se introducen dentro de sistemas o programas informáticos ajenos, violentando de este modo el «domicilio informático»[72]. La reforma de 2015 modifica la conducta típica y especifica en su redacción que tales acciones se proyecten sobre el conjunto o parte del sistema de información. Claramente, la *ratio legis* descansa en el adelantamiento de las barreras punitivas, pues se ha eliminado de la anterior redacción la necesidad de que se acceda efectivamente a los datos o programas. Se mantiene la exigencia de que se vulnere una medida de seguridad, por lo que, *sensu contrario*, la inexistencia de tales medidas conllevaría que la conducta invasora fuera atípica.

En el segundo apartado del citado artículo se introduce una conducta novedosa. Se castigará la interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos. *A priori*, podría confundirse con la conducta del precepto del apartado segundo del artículo 197, pero en este supuesto difiere el bien jurídico, dado que lo que se pretende aquí es proteger la seguridad de los sistemas informáticos y no los secretos o intimidad de otras personas, que quedan protegidos en el artículo 197.1 y 2 CP.

En el artículo 197 ter CP se implanta como novedad la figura de los precursores, y castiga a aquellas personas que faciliten el material necesario (programas informáticos, contraseñas, etc.) a terceros para que puedan llevar a cabo las conductas que atenten contra la intimidad o el *habeas data*.

Los artículos 197 quater y quiquies CP contemplan las figuras agravadas cuando los

sujetos activos actúen en el seno de una organización o grupo criminal, o cuando recaiga la responsabilidad penal sobre una persona jurídica, de conformidad con lo previsto en el artículo 31 bis CP.

El artículo 198 CP regula un tipo cualificado que se justifica por la condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo, a quien se le supone el conocimiento del ordenamiento jurídico y que ostenta la representación de máximo garante, por lo que tendrá difícil encaje alegar en sede del elemento de culpabilidad la existencia de un error de prohibición[73].

En el artículo 199 CP se castiga la acción de divulgar secretos y de incumplir la obligación de sigilo que imponga alguna norma. Con la exigencia de que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender, el artículo plantea la problemática jurídica de discernir la conducta típica de la mera indiscreción del agente. El sujeto activo tiene que ser un profesional que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada[74].

En el artículo 200 CP se proyecta la protección a los datos reservados de las personas jurídicas cuando estos sean cedidos o revelados sin el correspondiente permiso del representante legal de la persona jurídica.

Finalmente, el artículo 201 CP establece los requisitos de perseguibilidad de las infracciones penales reguladas en el capítulo. Se exige la denuncia previa de la persona agraviada por ser un delito semippúblico (también puede interponerla el representante legal del agraviado —si lo tuviera— o el Ministerio Fiscal si la víctima fuera menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida). No obstante, quedarán exentos del requisito de procedibilidad aquellos supuestos en que el sujeto activo sea un funcionario público o autoridad en el ejercicio de sus funciones —en tal caso, la infracción penal se perseguirá de oficio— o cuando la comisión del delito afectara a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Asimismo, el legislador prevé la posibilidad de poner fin al procedimiento mediante la extinción de la acción penal cuando el afectado titular del derecho lesionado otorgue el perdón, con la salvedad de los supuestos regulados en el artículo 130.4 CP, es decir, cuando las víctimas sean menores de edad o incapaces.

6. CONCLUSIONES

A la luz de todo lo expuesto, constato el avance de la sociedad en la investigación, la ciencia, la medicina y otros campos, entre los que destaca de manera especial el de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Esta evolución vertiginosa puede, en ocasiones, lesionar determinadas parcelas de la vida personal de los ciudadanos. Tal es el caso de los derechos al honor y a la intimidad. A modo de conclusión, cabe apuntar las siguientes notas:

i) En primer lugar, los ciudadanos debemos realizar un ejercicio de autocrítica y aceptar que gran parte de la culpa de que la intimidad se encuentre actualmente desprotegida recae sobre nosotros mismos; mantenemos una actitud comprensiva y pasiva y cedemos una cuota de control de nuestra esfera íntima a los poderes públicos bajo el ambiguo y amplio paraguas de la «seguridad nacional»[75], por citar un solo ejemplo. Asimismo, somos los propios individuos quienes exponemos a diario nuestra intimidad en un «escaparate virtual» con publicaciones de datos personales o fotos de naturaleza familiar e íntima en las diversas plataformas virtuales.

ii) La problemática no parte de la regulación jurídica vigente, sino de la concepción de la esfera íntima característica de la sociedad actual. Recientemente se publicaba un artículo en el periódico *The Guardian*[76] titulado «Privacy is a privilege» donde se aseguraba que disfrutar de una auténtica intimidad se ha convertido en un privilegio.

iii) Hasta la fecha, seguimos ayunos de una regulación legal en sede procesal y nos limitamos a adaptarla como herramienta y Derecho adjetivo a la sociedad contemporánea. Pese a los parches jurídicos introducidos, nuestra decimonónica LECRIM no es capaz de facilitar un elenco de herramientas jurídicas a las fuerzas policiales y los órganos judiciales cuando persiguen conductas delictivas en el ámbito de las TIC.

iv) Finalmente, considero que los poderes públicos deben replantearse su modelo de actuación y proceder a un cambio en sus políticas dirigido a mejorar las garantías de los derechos de sus ciudadanos. Soy consciente de que en el marco de las relaciones internacionales y bajo el prisma de un movimiento global de la población, los Estados están obligados a reforzar sus medidas de seguridad internas. Sin embargo, no es admisible que ante el manido argumento de la «seguridad nacional» se acepte cualquier actuación pública que conlleve un aniquilamiento del catálogo de derechos fundamentales de sus ciudadanos, como si la etiqueta «seguridad nacional» fuera una patente de corso del siglo XXI. Las polémicas actuaciones de «espionaje masivo» realizadas por muchos Estados son cuando menos «dudosas» (por no decir claramente ilegales) y han sido denunciadas públicamente en numerosos medios (caso Wikileaks[77] o el filtrado de noticias del exagente de la NSA Edward Snowden[78]). Estas intervenciones quebrantan la confianza en las relaciones entre los Estados, pero también la de los ciudadanos que observan el desamparo en el que se encuentra la esfera de su intimidad.

Ya lo afirmaba hace más de cien años con clara vocación de visionario el magistrado del Tribunal Supremo norteamericano Brandeis: «El derecho de que le dejen a uno en paz es el más absoluto de los derechos, y el más valorado por los hombres libres».

NOTAS

1. «Obama firma la ley que impone límites a la NSA», *El País*, 03/06/ 2015.

2. Herrero-Tejedor, F (1994: 22-23).

3. Warren y Brandeis (1890).

4. Fayos Gardó (2000: 26)

5. Morales Prats (2001).

6. <www.rae.es>.

7. Matallín Evangelio (2013: 386 ss.).

8. Rueda Martín (2004).

9. Cit. *supra.*

10. Rebollo Delgado (2005: 69 ss.).

11. *Ibíd.:* 73 ss.

12. <www.listarobinson.es>.

13. Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Artículo 96 (comunicaciones comerciales a distancia).

14. Giddens (2000).

15. *Ibíd.*: 50.

16. *Ibíd.*: 171.

17. «Maas warnt vor dem gläsernen Autofahrer», *Die Welt*, 06/07/2014.

18. «Whatsapp, testigo falso», *El País*, 27/06/2014.

19. STS, Sala 2ª, núm. 300/2015, de 19 de mayo *(Tol 5002579)*

20. Bueno Mata (2013).

21. «España busca hackers de los buenos», *El País*, 27/10/2014.

22. Disponible en la página *web* <*www.agpd.es*>.

23. Para mayor profundidad, recomiendo la lectura de González Cussac (2011: 267-294).

24. STC núm. 7/2014 de 27 de enero *(Tol 4112436)* o la STC núm. 18/2015, de 16 de febrero *(Tol 4784494)*.

25. STC núm. 119/2001 FJ6 o STC núm. 14/2003.

26. STS núm. 425/2014 de 21 de julio de 2014 *(Tol 4526682)*.

27. Resolución de la AEPD, R/01226/2014 de 4 de junio de 2014 *(Tol 4363545)*.

28. Resolución de la AEPD de 9 de mayo de 2006 *(Tol 955296)*.

29. STC núm. 292/2000, de 30 de noviembre.

30. Resolución al recurso núm. TD/00344/2014 de fecha 31 de marzo de 2014 *(Tol 4182267)*.

31. Para profundizar en el tema, recomiendo la lectura de Rallo Lombarte (2009).

32. Fernández Teruelo (2011: 195 ss.).

33. Jorge Barreiro, Morales Prats, Paredes Castañón, entre otros (2004: 39).

34. Defienden esta postura Carbonell Mateu o González Cussac (2004).

35. STS núm. 1219/2004, de 10 de diciembre.

36. SAP de Madrid, sección 7ª, núm. 118/2005, de 7 de diciembre.

37. STC núm. 134/1999, de 15 de julio, STC núm. 7/2014 de 27 de enero *(Tol 4112436)*.

38. STS núm. 872/2001, de 14 de mayo.

39. STS núm. 694/2003, de 20 de junio; SAP de Gerona, secc. 3ª, núm. 1031/2005, de 14 de noviembre.

40. SAP de Baleares, secc. 2ª, núm. 44/2005, de19 de mayo.

41. STS núm. 164/2000, de 23 de octubre.

42. STS núm. 1391/2000, de14-9; SAP de Madrid, secc. 7ª, núm. 118/2005, de 7 de diciembre.

43. Paredes Castañón (2002: 575).

44. STS núm. 872/2001, de 14 de mayo y núm. 446/2001, de 21 de marzo, SAP de Gerona, secc. 3ª, núm. 1031/2005, de14 de noviembre.

45. Muñoz Conde (2002: 252) y Barreiro (1997: 569).

46. STS núm. 1391/2000, de14 de septiembre y núm. 234/1999, de18 de febrero.

47. STS núm. 1219/2004, de 10 de diciembre y núm. 694/2003, de 20 de junio; SAP de Madrid, secc. 7ª, núm. 118/2005, de 7 de diciembre.

48. SAP de Gerona, secc. 3ª, núm. 1031/2005, de 14 de noviembre.

49. STS núm. 694/2003, de 20 de junio y SAP de Gerona, secc. 3ª, núm. 1031/2005, de 14 de noviembre.

50. STS núm. 1391/2000, de 14 de septiembre.

51. STS núm. 872/2001, de 14 de mayo.

52. STS núm. 666/2006, de 19 de julio.

53. AAP de Ciudad Real, 2ª, núm. 92/2006, de 9 de mayo.

54. SAP de Cádiz, secc. 5ª, núm. 10/2006, de 17 de enero.

55. Derogada por la LOPD 15/99, de 13 de diciembre.

56. *Vid.* Jareño Leal y Doval País (1999) o Carbonell Mateu y González Cussac (1996).

57. *Vid.* Bueno Arús (1996) o Serrano Gómez (2003).

58. STS núm. 234/1999, de 18 de febrero.

59. STS núm. 234/1999, de 18 de febrero y STS núm. 1461/2001, de 11 de julio.

60. STS núm. 725/2004, de 11de junio y núm. 234/1999, de 18 de febrero; SAP de Madrid, secc. 7ª, núm. 118/2005, de 7 de diciembre.

61. STS núm. 234/1999, de 18 de febrero.

62. STS núm. 1461/2001, de 11 de julio; SAP de Castellón, secc. 1ª, núm. 399/2005, de 26 de septiembre.

63. STS núm. 234/1999, de 18 de febrero.

64. STS núm. 1461/2001, de 11 de julio.

65. SAP de Barcelona, secc. 6ª, núm. 219/2006, de 10 de marzo.

66. STS núm. 234/1999, de 18 de febrero; STS núm. 1219/2004, de 10 de diciembre; SAP de Madrid, secc. 7ª, núm. 118/2005, de 7 de diciembre.

67. SAP de Almería, secc. 1ª, núm. 242/2005, de 2 de noviembre.

68. Fernández Teruelo (2011).

69. STS núm. 234/1999, de 18 de febrero; STS núm. 1219/2004, de 10 de diciembre.

70. STS núm. 1219/2004, de 10 de diciembre; SAP de Madrid, 7ª, núm. 118/2005, de 7 de diciembre.

71. Colás Turégano (2015: 667).

72. Fernández Teruelo (2011: 198).

73. STS núm. 367/2001, de 22 de marzo.

74. STS núm. 574/2001, de 4 de abril.

75. Recomiendo la lectura de Cuerda Arnau (2013).

76. «The Great Naked Celebrity Photo leak of 2014 is just the beginning», *The Guardian*, 02/09/ 2014.

77. http://es.wikipedia.org/wiki/WikiLeaks: «WikiLeaks (del *inglés* leak, "fuga", "goteo", "filtración [de información]") es una organización mediática internacional *sin ánimo de lucro*, que publica a través de su *sitio web* informes *anónimos* y *documentos filtrados* con contenido sensible en materia de interés público, preservando el anonimato de sus fuentes. El lanzamiento del sitio se realizó en diciembre de 2006, si bien su actividad comenzó en julio de 2007-2008. Desde entonces su base de datos ha crecido constantemente hasta acumular 1,2 millones de documentos. Su creador *es Julian Assange* y está gestionado por *The Sunshine Press*. La organización se ofrece a recibir filtraciones que desvelen comportamientos no éticos ni ortodoxos por parte de los gobiernos, con énfasis especial en los países que considera tienen *regímenes totalitarios*, pero también en asuntos relacionados con religiones y empresas de todo el mundo. De momento, las actuaciones más destacadas de WikiLeaks se han centrado en la *actividad exterior de los Estados Unidos*, especialmente en relación con las guerras de *Irak* y de *Afganistán*».

78. http://es.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden: «Edward Joseph Snowden (*Elizabeth City*, *21 de junio* de *1983*) es un consultor tecnológico estadounidense, *informante*, antiguo empleado de la CIA (Agencia Central de Inteligencia) y de la NSA (Agencia de Seguridad Nacional). En junio de 2013, Snowden hizo públicos, a través de los periódicos *The Guardian* y *The Washington Post*, documentos *clasificados como alto secreto* sobre varios programas de la NSA, incluyendo los programas de vigilancia masiva *PRISM* y *XKeyscore*».

BIBLIOGRAFÍA

BUENO ARÚS, Francisco (1996): «El delito informático», *Actualidad Informática* núm. 11.

BUENO MATA, F. (2013): *La prueba electrónica en el marco de una Administración de Justicia informatizada: especial referencia al proceso civil*, Tesis doctoral, USAL.

BUENO GALLARDO, Esther (2009): *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular, el derecho a la intimidad, de los obligados tributarios*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos y Jose L. González Cussac (1996): *Comentarios al CP de 1995,* Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch.

CARRASCO ANDRINO, Mar (2010): «El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos (arts. 197 y 201)», en F. J. Álvarez García y J. L. González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 249-256.

CARRILLO, Marc (2003): *El derecho a no ser molestado: información y vida privada*, Cizur Menor: Aranzadi.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (2004): *Contestaciones de Derecho penal al programa de judicatura. Parte general*, Madrid: Colex.

CONTRERAS NAVIDAD, Salvador (2012): *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet*: Thomson Aranzadi.

COLÁS TURÉGANO, Asunción (2015): «Nuevas conductas delictivas contra la intimidad», en J. L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch.

CUERDA ARNAU, Marisa (2013): «Intervenciones prospectivas y secreto de las comunicaciones. Cuestiones pendientes», en J. L. González Cussac y Marisa Cuerda Arnau, *Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional*, Valencia: Tirant lo Blanch,

FAYOS GARDÓ, Antonio (2000): *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G. (2011): *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid: Lex Nova.

FRÍGOLS i BRINES, Eliseu (2010): «La protección constitucional de los datos de las comunicaciones: delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías», en J. Boix Reig (dir.) y A. Jareño Leal (coords.), *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid: Iustel, 37-90.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso (2006): «Ataques contra sistemas informáticos. Informe sobre la transposición a la normativa penal española de la Decisión-Marco 2005/222/JAI relativa a los ataques contra los sistemas de información», en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*, año LX suplemento al número 2015.

— (2009): «La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales», *Revista Penal,* 24, 90-107.

— (2010): *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en internet*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2013): «¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?: estudio sobre la protección penal de los datos de carácter personal ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación», *Revista General de Derecho Penal*, 19.

GARCÍA MEXÍA, Pablo (2014): *Derechos y libertades, Internet y TICS*, Valencia: Tirant lo Blanch.
GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio (1991): «Informática y Derecho Penal», en *Implicaciones sociojurídicas de las tecnologías de la información*, Madrid: Citema.
GARRIDO FALLA, Fernando (1985): *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas.
GIDDENS, Anthony (2000): *La transformación de la intimidad*, Madrid: Cátedra.
GONZÁLEZ CUSSAC, Jose L. (2011): «Intromisión en la intimidad y servicios de inteligencia», en F. Muñoz Conde, J. M. Lorenzo Salgado, J. C. Ferré Olivé, E. Cortés Bechiarelli y M. A. Nuñez Paz (coords.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 267-294.
GONZÁLEZ RUS, Juan José (2006): «Los ilícitos en la red (I): hackers, crackers, cyberpunks, sniffers, denegación de servicio y otros comportamientos semejantes», en C. M. Romeo Casabona (coord.), *El Cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada: Comares.
GREENWALD, Glenn (2014): *Snowden: sin un lugar donde esconderse*, Barcelona: Ediciones B.
HERRERO TEJEDOR, Fernando (1994): *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid: Colex.
HUERTA TOCILDO, Susana y Ana C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ (2002): «Intimidad e informática», *Revista de Derecho Penal*, núm. 6, 11-71.
JAREÑO LEAL, Angeles y Antonio DOVAL PAÍS (1999): «Revelación de datos personales, intimidad e informática. Comentario a la STS núm. 234/1998 de 18 de febrero», *La Ley*, 4, 1672-1680.
JORGE BARREIRO, Agustín (1997): *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Civitas.
LÓPEZ ORTEGA, Juan José (2004): «Intimidad informática y Derecho penal», en *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*.
LLORIA GARCÍA, Paz (2010): «El secreto de las comunicaciones: su interpretación en el ámbito de los delitos cometidos a través de internet. Algunas consideraciones», en J. Boix Reig (dir.) y A. Jareño Leal (coord.), en *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid: Iustel.
MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (2013): «El efecto expansivo de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones telefónicas», en J. L. González Cussac y M. Cuerda Arnau (dirs.), *Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 379-407.
MEDINA GUERRERO, Manuel (2005): *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Valencia: Tirant lo Blanch.
MENDOZA NAVAS, Natividad (2010): «Los derechos del trabajador», en A. V. Sempere Navarro y P. Charo Baena (dirs.), *Régimen general del contrato de trabajo,* Cizur Menor: Aranzadi.
MIR PUIG, Carlos (2001): «Sobre algunas cuestiones relevantes del Derecho penal en Internet», *Internet y Derecho penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, 281-304.
MORALES PRATS, Fermín (1996): «Protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1995», *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, 3, 147-196.
— (2001): «Internet: riesgos para la intimidad», *Cuadernos de Derecho Judicial Internet y Derecho Penal*, 10, 63-82.
— (2015): «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona: Thomson-Aranzadi.
MUÑOZ CONDE, Francisco (2013): *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
ORTS BERENGUER, Enrique y Jose L. GONZÁLEZ CUSSAC (2011): *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.
ORTS BERENGUER, Enrique y Margarita ROIG TORRES (2005): «Delitos contra la intimidad, utilización fraudulenta de tarjetas de crédito y falsedad en documento electrónico: análisis de casos», en E. Sanjuán (coord.), *Estudios de Derecho Judicial, Consejo General de Poder Judicial. Ejemplar dedicado a la incorporación de las nuevas tecnologías en el comercio: aspectos legales,* 87-128.
ORTUÑO NAVALÓN, Mari Carmen (2014): *La prueba electrónica ante los tribunales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2002): *Enciclopedia Jurídica Básica*, Granada: Comares.
PAYERAS CAPELLA, M. Magdalena y Josep L. FERRER GOMILA (2004): «Explicación técnica de las amenazas de las TIC a la intimidad», en C. Gómez Martínez (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías,* 77-106.
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1996): *Manual de Informática y Derecho*, Barcelona: Ariel.
RALLO LOMBARTE, Artemi (2009): «La garantía del derecho constitucional a la protección de datos personales en los órganos judiciales», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Nuevas Políticas Públicas, 97-116.
— (2010): *Derecho y redes sociales*, Madrid: Thomson Reuters.
REBOLLO DELGADO, Lucrecio (2005): *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid: Dykinson.
RUEDA MARTÍN, M. Ángeles (2004): *Protección penal de la intimidad personal e informática*, Barcelona: Atelier.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso y Alfonso Serrano Maíllo (2011): *Derecho penal. Parte especial*, Madrid: Dykinson.
TORRES del MORAL, Antonio (2004)**:** *Principios de Derecho constitucional español*, Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
VIVES ANTÓN, Tomás S., Enrique Orts Berenguer, Juan C. Carbonell Mateu, José L. González Cussac y Carlos Martínez-Buján Pérez (2010): *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
VIVES ANTÓN, Tomás S. (2013): «El laberinto jurídico español», en J. L. González Cussac y M. Cuerda Arnau (coordinadores), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
WARREN, Samuel D. y Louis D. BRANDEIS (1890): «The right to privacy», *Harward Law Review,* 4 (5), 193-220.

Fecha recepción: 5 de octubre de 2016
Fecha aceptación: 16 de mayo de 2016

VARIA

SOCIEDAD Y ESTADO ANTE LA TESIS INSTITUCIONALISTA

A propósito del libro *Why nations fail. The origins of power, prosperity, and poverty*

Pedro Brufao Curiel
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Extremadura

Parece que se extiende entre estudiosos y la sociedad en general el uso de las palabras «inclusivo» y «extractivo», empleados en relación con las instituciones y las élites que dirigen diferentes sociedades y países.

Estos términos gozan actualmente de gran predicamento en España gracias a su difusión por autores como César Molinas y, especialmente, a la publicación del libro de Acemoglu y Robinson *Why nations fail. The origins of power, prosperity, and poverty*, que en su versión castellana apareció con el título *Por qué fracasan los países*. Esta obra ha sido calificada como una de las más influyentes en los últimos años, ha alcanzado una gran difusión y se ha traducido a una veintena de idiomas. Dicho predicamento e influencia en nuestro país no dejado de crecer, espoleados quizás por los efectos de la crisis económica y sus transformaciones sociales, así como por las perspectivas creadas ante las elecciones generales de diciembre de 2015, la crisis política en el seno de las instituciones de la Unión Europea y los problemas de respeto a los derechos fundamentales de algunos de sus países, especialmente Hungría y Polonia.

Analicemos, pues, lo que estos autores dicen. Acemoglu y Robinson son destacados investigadores en el campo de la Economía y de la Ciencia Política. El primero, catedrático de Economía en el MIT, ha desarrollado su trabajo en torno a la relación entre estas dos materias, ámbito de investigación en el que destacan sus estudios sobre los orígenes económicos de la dictadura y la democracia junto con el análisis de las instituciones políticas y los mercados. Por su parte, el profesor Robinson sirve la cátedra de Gobierno de la Universidad de Harvard y se ha especializado en el estudio de la Economía Política y el Desarrollo, así como en los efectos económicos a largo plazo de fenómenos como la esclavitud, el ejercicio del poder y la asignación de derechos de propiedad.

La tesis institucionalista analiza las causas de las enormes diferencias en ingresos y desarrollo que existen entre los diversos países del mundo y sus efectos sociales, políticos y económicos. Sitúan en sus extremos a los Estados Unidos, Alemania, los países nórdicos y el Reino Unido, por un lado, y, por otro, a los países más pobres del África subsahariana, América Central y el Sudeste Asiático, a la vez que analizan por qué el origen de la creación de la riqueza, la democracia actual y la igual-

dad se ubica en algunos países occidentales europeos y algunas de sus antiguas colonias. Con el fin de explicar sus postulados, los autores argumentan que los países pobres lo son porque, históricamente, en ellos no se han eliminado las élites sociales que controlan de modo exclusivo el poder y suprimen o reducen a su mínima expresión los derechos políticos de la generalidad de la población, impidiendo de este modo que los gobernantes asuman la rendición de cuentas y que una gran masa de ciudadanos se beneficie de las oportunidades económicas de la apertura política, jurídica e institucional, mimbres indispensables para trabar la estructura mínima de un Estado. No es necesario decir que, en aquellos países en los que un fuerte sistema institucional ha mejorado la vida y seguridad de sus habitantes, el movimiento social que dio lugar a esta relativamente nueva situación tardó decenios e incluso siglos en arraigar, sin que pudieran atisbarse en su día los logros de los que gozan hoy.

Un ejemplo realmente impactante de lo plausible de la teoría institucional que defienden estos autores es la comparación de las dos ciudades denominadas Nogales, localidades sitas a ambos lados de la frontera entre los Estados Unidos y México y separadas por una simple valla. A pesar de que ambas comunidades comartían un mismo bagaje y territorio, las causas de las enormes diferencias en el respeto a los derechos fundamentales, renta, educación, libertad de empresa, objetividad e imparcialidad de los poderes públicos o corrupción se deben, según la teoría de las instituciones, a la divergencia de la sociedad de esos pueblos en la época colonial y tras la independencia.

Del mismo modo, y en un plano que abarca ya a toda América, la clave institucional que defienden les sirve para explicar que, a pesar de la ausencia de una previa organización política estable en las colonias inglesas que formaron el embrión de los EE. UU. y de la más compleja organización de tanto el Imperio español como el inca en América del Sur, observamos enormes diferencias entre la sociedad estadounidense y las de países como Perú, Bolivia o Ecuador, mucho más pobres, ineficientes y desiguales que aquella; la causa es la perduración de instituciones extractivas en la actualidad, que se retrotraen a la época en que estaban vigentes instituciones extractivas como las reducciones, mitas, encomiendas y repartimientos.

Este planteamiento no solo lo emplean para analizar la situación actual e histórica del Estado y la sociedad entre países, sino también en el interior de una misma nación. Así pues, los mismos Estados Unidos han exportado las instituciones extractivas de manera contemporánea a otras donde la sociedad civil y un Estado de Derecho han fortalecido las instituciones y a la población.

En efecto, en los Estados esclavistas y posteriormente a la guerra de Secesión, las élites blancas lograron perpetuar los efectos extractivos sobre la población negra del sistema político y económico segregacionista hasta los años de las luchas por los derechos civiles y la apertura de las instituciones económicas a la generalidad de la población en los años sesenta del pasado siglo, a pesar de los enormes problemas que acuciaban entonces y aún hoy acechan a las minorías. Por el contrario, las antiguas colonias inglesas que formaron el embrión del país lograron librarse de las ataduras económicas y políticas que en los siglos XVII y XVIII constreñían también a la sociedad de la metrópoli, incentivaron la apertura económica y, por tanto, política, aunque hay que reconocer las indudables limitaciones que hacen inviable la comparación con la situación actual de un país que goza del imperio de la ley, seguridad jurídica y un poder judicial que puede sentirse orgulloso de un elevado grado de imparcialidad e independencia y seguro de que sus decisiones se ejecutan.

A pesar de que EE. UU. no era una democracia plena en aquellos primeros años de vida independiente del Reino Unido, incluso para la población blanca, se sentaron las bases de lo que encontramos hoy en día. Acemoglu y Robinson se apoyan a su vez en la tesis de que, a pesar de que los colonos británicos encon-

traron muchas más dificultades económicas, ambientales, demográficas y geográficas que las colonias hispanas, la apertura de sus instituciones habría ocasionado que entre México, las repúblicas caribeñas y los EE. UU. haya desde hace mucho y todavía hoy unas diferencias considerables, de la misma manera que las perniciosas instituciones económicas creadas por las potencias coloniales en África se han perpetuado e incluso agravado su funcionamiento tras la ola de independencias de la segunda mitad del siglo XX, empobreciendo aún más a sus poblaciones.

La obra de Acemoglu y Robinson ofrece asimismo múltiples ejemplos de que la prosperidad económica y jurídica actual de algunos países y, por tanto y de modo correlativo, la pobreza y la falta de expectativas de muchos otros, se basa en las instituciones. En su opinión, las instituciones políticas son las que determinan las instituciones económicas, el desarrollo tecnológico y el nivel educativo, no solo la existencia de un mercado más o menos liberalizado. Ambos autores ofrecen una defensa de su teoría bastante plausible y convincente, al tiempo que dedican un largo trecho de su obra a la crítica de otras teorías que intentan explicar la desigualdad, la pobreza y el subdesarrollo, como las que se basan en los condicionantes geográficos o culturales. Respecto a los condicionantes geográficos, un ejemplo señero y que habla por sí mismo es el de las dos Coreas: ambas fueron muy pobres hasta los años cincuenta del siglo XX, pero Corea del Sur ha experimentado un desarrollo integral y progresivo digno de elogio gracias sobre todo a la apertura general tras la dictadura de fines del siglo XX, mientras que Corea del Norte se hunde cada día más en la pobreza, la tiranía y el aislamiento, que son inocultables ante el resto del mundo por su propaganda oficial.

La creación de un sistema institucional básico pero riguroso puede ser la clave que explique la apertura reciente de Estados que parecían condenados al subdesarrollo como Perú, Brasil o Botswana: la creación de incentivos a amplios sectores de la población para que en primer lugar apenas sobrevivan o al menos no dependan físicamente del ejercicio autoritario del poder y puedan decidir por sí mismos son ejemplos que se ofrecen para demostrar la validez de la teoría institucionalista y cómo se pueden romper los estrechos moldes que encorsetan la trayectoria económica y política de un país y sus habitantes.

En todo caso, esta teoría defiende la idea de que las limitaciones sanitarias y agrarias de las zonas pobres son consecuencias de los fallos estructurales institucionales y no las causas de dicha pobreza, a la vez que se desecha la «hipótesis de la ignorancia» en la toma de decisiones políticas y económicas en pro de la aspiración de las élites extractivas de perpetuarse en el poder y ampliar su influencia. Así, los autores afirman de modo claro: «Poor countries are poor because those who have power make choices that create poverty. They get it wrong not by mistake or ignorance but on purpose» («Los países pobres lo son porque quienes ejercen el poder toman decisiones que crean la pobreza. Se equivocan no por error o ignorancia, sino a sabiendas»). ¿Pensamos, por ejemplo, en Guinea Ecuatorial y la extrema pobreza y la desigualdad creada tras el descubrimiento de yacimientos petrolíferos, mientras que vemos justamente lo contrario en Noruega, inmune a la maldición de los recursos naturales? ¿Será la apertura reciente de Cuba una oportunidad para construir un Estado de Derecho donde el respeto a los derechos fundamentales de la persona, el imperio de la ley y el equilibrio entre instituciones respetadas conformen la palanca que levante a la isla? Esta misma idea la relacionan con las líneas estratégicas de la ayuda al desarrollo de los países empobrecidos, pensada más bien para actuar sobre los síntomas y que, de hecho, favorece de modo principal a las élites y a quienes prestan la ayuda, sin que los beneficios lleguen a sus destinatarios de la forma planteada en un principio.

La oportunidad del cambio de una situación de pobreza, desigualdad y carencia de expectativas se debe a lo que los autores llaman *critical junctures* o puntos de inflexión, que dan

lugar al cabo del tiempo y generalmente a muy largo plazo a seguir un camino que conduce a la riqueza y a la prosperidad generalizada. En Europa, estiman que fue la peste negra medieval la que provocó que algunos países occidentales dejaran de ser sociedades feudales basada en la servidumbre y se convirtieran en sociedades mucho más abiertas. Por el contrario, un mismo hecho histórico o una innovación tecnológica puede ofrecer el resultado opuesto: esta gran crisis del siglo XIV perpetuó durante siglos el atraso en la mayoría de los países de Europa del Centro y el Este.

Acerca del ejemplo paradigmático de Inglaterra, Acemoglu y Robinson piensan que dicho punto de inflexión se debe a la revolución de Oliver Cromwell y a la reducción de las limitaciones a las innovaciones tecnológicas y empresariales que fomentó la incorporación de instituciones inclusivas que permitieron, a su vez, la llegada y el desarrollo de nuevos protagonistas en el mercado de las ideas que rompieron los distintos monopolios creados *ex profeso* para el beneficio de unos pocos: desde las primeras máquinas textiles preindustriales hasta el comercio marítimo. Subrayan la importancia de contar con un poder que evite la disgregación de los centros de decisión y su captura por las élites opacas, cerradas en sí mismas y enemigas de las sociedades abiertas al estilo de Popper, un poder que asigne de modo eficiente la atribución de derechos de propiedad y la creación autónoma de riqueza y que huya de lo que actualmente se denomina capitalismo concesional y rentista, fenómeno que en nuestro país cuenta con otra expresión muy acertada, los «empresarios del boletín oficial» o «capitalismo clientelar», remedo contemporáneo de los allegados a la Corte y protagonistas del «Estado profundo» paralelo al oficial.

Con estos planteamientos básicos, la tesis institucionalista incorpora también la idea del «círculo virtuoso», contrapuesto al círculo vicioso y a la ley de hierro de la oligarquía, que retroalimentan las bases económicas y políticas de la prosperidad y evitan que la cuestión se reduzca, aunque no es poco, a la liberalización de los mercados, dado que la historia ofrece múltiples ejemplos de la formación con el tiempo de monopolios, oligopolios y cárteles que socavan las mismas bases de una riqueza inicial: «The presence of markets is not by itself a guarantee of inclusive institutions» («La existencia de mercados no es por sí misma garantía de instituciones inclusivas»).

Al mismo tiempo, los autores de *Why nations fail* sostienen que es posible que incluso exista crecimiento bajo las dictaduras y recurren, para explicarlo, lo que llaman «el irresistible encanto del crecimiento autoritario». No obstante, alertan de que dicho crecimiento no es duradero y que tarde o temprano sucumbirá todo el entramado que lo sostiene, cuestión ejemplificada en la rápida industrialización de la Unión Soviética en la primera mitad del siglo XX y su estrepitoso derrumbe pocas décadas después, así como en el hecho de que la actual Rusia sea incapaz de siquiera intentar igualar a los países occidentales europeos. Este ejemplo podría compararse quizás al caso de China, donde se notan cada vez más los esfuerzos de la élite política para controlar los grupos sociales más activos y con mayores aspiraciones. De cualquier modo, se puede volver atrás y perder lo ganado: esto sucede cuando las nuevas élites que han conseguido el poder gracias a la apertura económica y política se cierran sobre sí mismas; fue el caso del ocaso paulatino de la República de Venecia tras un periodo de esplendor, ejemplo que exponen con detalle e interés.

Para terminar, los autores niegan un carácter predictivo a su teoría y reconocen que el destino final de los países depende muchas veces de pequeños cambios apenas perceptibles a corto plazo y sometidos a los vaivenes de elementos contingentes e inasibles en el momento en que ocurren no ya por amplias masas sociales, sino por las minorías más activas y pendientes que verdaderamente promueven el cambio social, en el lógico juego de la acción colectiva. De cualquier modo, recalcan la validez de sus postulados con un sonoro: «Institutions, institutions, institutions».

Derecho y verdad II. Genealogía(s), Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán (eds.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. *Crítica bibliográfica*

Claudio Martyniuk
Universidad de Buenos Aires

i) Derecho y verdad II. Genealogía(s) es una obra colectiva internacional, resultado de la labor que como editores realizaron los profesores e investigadores del Instituto Tecnológico de México (ITAM) Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán, quienes a su vez son los autores de una exhaustiva y profunda Introducción (pp. 9 a 190) que le da un marco riguroso a los diversos capítulos del libro aquí comentado.

ii) Derecho y verdad es un exceso. En su extensión, el proyecto de cuatro volúmenes (Vol. I: *Introducción*; Vol. III: *Concepciones*; Vol. IV: *Problemas*) alcanzará unas cuatro mil páginas, mil de ellas escritas por Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán. Es un monumento al rigor obsesivo, al apunte de detalles eruditos, es una celebración del estudio, una manifestación de la pasión de los juristas por la lectura y la escritura.

El Tomo II explicita su impulso foucaultiano, reconocible en el entramado de arqueología y genealogía, de configuraciones de saber y dispositivos. *Episteme* y disciplina hilvanan las diferentes investigaciones, que muestran cómo se tejen distinciones y cómo se trazan prácticas, registran desplazamientos semánticos y corrimientos dogmáticos y dan cuenta, en plural, del valor del origen y del origen del valor. Si hay un tono uniforme en el volumen, ese es mínimo y tiene un perfil sombreado por la ausencia de un «gran» relato teórico. Todo sucede sin que se pretenda articular una teoría del «todo» jurídico, sin imponer una constante nomológica que unifique y esencialice, que pontifique y generalice, que tranquilice y adormezca. Con ánimo nominalista, no solo se rastrean huellas y quiebres entre los antiguos y los romanos, entre el politeísmo griego y la teología política cristiana, sino también los clivajes que se han dado en el seno de cada una de estas complejas configuraciones. Se marcan ataduras contingentes y desconexiones entre pretensiones de verdad e idolatrías, profanaciones y herejías, fundamentos y demostraciones de fe y traiciones a un credo de verdad, así hasta que el hilado de torturas y testimonios, pruebas, velos y significaciones cercan lo contemporáneo.

Nominalismo y cierto matiz kantiano dejan un aliento de cautela. La teoría sin genealogía se envuelve, clausura y asfixia en el vacío.

Los detalles históricos sin *episteme*, privados de visión e infértiles, se disuelven y extravían.

El volumen es un atlas, un *Atlas Mnemosyne* de metamorfosis y metáforas de la verdad y el Derecho que perviven. Entre escudos y cofres, máscaras y velos, poemas y novelas, cuerpos expuestos y reglas inestables reconocemos la ley del buen vecino de la biblioteca de Aby Warburg. En cada página se condensa el tiempo de vida en archivos y bibliotecas. El libro abre paneles que interrogan la fuerza del saber, las derrotas del entendimiento, los derroteros del conocimiento, los fracasos de lo que no sirve a la fuerza, las vacilaciones de lo justo.

iii) Hélène Prigent presenta la *diké* de los antiguos en la escena del escudo de Aquiles: la divinidad parece no poseer autoridad, su función es pasiva. *Diké*, ya con mayúscula, es una divinidad en la *Teogonía* de Hesíodo. La diosa, escribió Píndaro, llora «sobre la ciudad y las moradas de los hombres que la han desterrado y la han dispensado sin rectitud». *Diké*, enseñó Emile Benveniste, comparte la raíz con el verbo *deiknumi,* mostrar. Sin poder coercitivo, se trata, *á la* Wittgenstein, de mostrar. Se trata de perseverar en esa tarea. Homero señaló la incompatibilidad entre *diké* y *bie*, la fuerza. La fuerza, con el *hybris*, el exceso, llevan a la dirección opuesta de la justicia.

«Escucha la justicia, olvida por siempre la violencia»

(Hesíodo, *Los trabajos y los días*)

En la *Ilíada*, los más justos son los *abioi*, los que no se sirven de la fuerza. En Homero y Hesíodo, *diké* designa la justicia como principio y no como autoridad coercitiva. Y emerge la cuestión de cómo armonizar fuerza y justicia. ¿Acaso la teoría podrá trazar un camino, un método, observando la verdad? ¿O lo que hará las veces de respuesta serán imposiciones, como las de Solón, quien como legislador *es* violento? Desde ese albor griego, la indagación busca conciliaciones, superaciones, paz en el pensamiento y en la *polis*. La teoría acaso no apremie.

Homologías, alegorías, otros lenguajes: he aquí prismas del espectro de relaciones entre Derecho y verdad que abren los perfiles de normas y actos de pensamiento, de reglas, descripciones, teorizaciones y críticas. He aquí la historia que hilvana vínculos, disponiendo del recurso a un *histor,* partiendo del *historein,* el investigar mediante la vista, el sentido epistémico privilegiado, el órgano que se vela y devela en las imágenes de Justicia. No tardará en aparecer la imagen de la Justicia con violencia. Con espada y antorcha, no necesita actuar, basta su amenaza. Erinias encarga la venganza que antes era justicia divina. Y Themis, la manifestación social y temporal sobre las normas: *thesmos*, según Marcel Détienne, consiste en lo que está planteado de manera creadora y destinado a durar. El poder de Themis se hallaba inscrito en el tiempo. En ese devenir cambian los dioses. Apolo y Atenea resignifican a las furias. La venganza ha sido puesta en crisis. Y crisis, del verbo *krinein*, relaciona distinguir, seleccionar, elegir, decidir; también emparenta juicio con criterio. En la variación semántica, dictar *diké* significa suspender el tiempo, suspender la dialéctica, retrasar la venganza, esperar la redención. Justicia, esa suspensión que muestra al tiempo como juez. Pero el tiempo se astilla y el cemento —eficacia de lo simbólico que ejemplifica el juramento— instituye vínculos, religa.

La etimología no es la verdad de la genealogía, pero bajo ese nombre se trata de «desolvidar» capas subterráneas de significados, sedimentos en los se amalgaman y empastan direcciones, flechas, directivas, sedimentos que fecundan y contaminan lo que se les superpone. ¿Cómo olvidar los aciertos y desaciertos incisivos y polémicos de Nietzsche en *El nacimiento de la tragedia?*

Cada tanto, se anota un develamiento (George Dumézil expone «la oposición fundamental en las sociedades indoeuropeas»: entre la palabra y la reprobación, oposición cuyo soporte es la palabra poética, que se confunde con la idea de justicia. El poeta practica el elogio y la reprobación: de aquello nos queda

apenas un eco indiscernible, recolecciones que, aún así, muestran lo poético y lo hacen como señalando que ya no es, lo que se desvanece en la experiencia de tal recolección). Y le sigue, persiste, el duelo que lleva a que el alma languidezca de tristeza.

iv) Otro paso, y Emiliano Buis impulsa el pensar a Lethe, aguas en las que transcurre y se desvanece la memoria sin dejar rastros del recuerdo, y a *alethés,* lo que no se olvida, a *alétheia*, la memoria que se dirige en la dirección del desolvido, en el plano de la duración. Lo verdadero, lo que dura. Sobre ese suelo firme se cifra la verdad, se descifran mensajes y se tejen historias ejemplares (de la verdad); la nave en esas aguas va tejiendo paradigmas performativos, prescripciones verdaderas. Se está en el umbral de trasmutación de fórmulas en acciones.

Se está, más precisamente, en el pasaje del politeísmo al relativismo, de la Grecia antigua a la clásica. Entre capas de verdad como ficción, entre discursos verosímiles y sinceros, emerge *psyqué.* Desde esa extensión fértil de la subjetividad, de esa inédita densidad mental, de ese *daimón* que democratiza lo divino, brota «el maravilloso poder del relativismo helénico».

v) Carla Masi Doria detiene algo originario cuando indica que la palabra *falsus* indica aquello que difiere del original. Allí se pierde el aura. La falsificación —y se *debe* pensar en el falsacionismo popperiano, pero también en la reproducción técnica iluminada en sus polaridades por Benjamin— trabaja en la arena de lo verdadero controvertido. Y en Roma se halla la colina en la que al declarar no se pretendía develar la «verdad» de lo sucedido sino la *iustitia* de su propia aserción. Esta equivalencia con el Derecho tiene un aire de familia con la correspondencia comunitaria, concierne a los jurados en los tribunales, a la comunidades científicas en los experimentos, a las congregaciones de espectadores de obras de arte reproducidas, se corresponde con lo común del seguir reglas.

Las incipientes defensas basadas en argumentos se solapan, en los hombros del abogado orador, a las reglas codificadas de la retórica clásica. Mientras se escriben los capítulos de la novela (*exordium, narratio, probatio, refutatio*) emerge el abogado técnico, el profesional de la prueba. El valor del perfeccionamiento de los conocimientos puja con la oratoria, con la habilidad para impresionar. El examen de los hechos, frecuente en materia testamentaria y contractual, impulsa un método probabilístico, un punto de vista que no concluye: es, más que un *verum* objetivo, uno verosímil. Derecho y verdad muestran la faz de la controversia: el *ius* de los romanos es predominantemente jurisprudencial, deviene *controversum* en el momento en el cual los jurisconsultos expresan opiniones diversas. La verdad deviene en instrumento de comparación. Y las controvertidas interpretaciones, incautas, desmesuradas, dirán lo «más» verdadero y hasta lo «verdaderísimo».

vi) Cosimo Cascione despliega un complejo movimiento: de la verdad en el juicio a Jesús a Jesús como verdad. En esa escena, Justiniano declara su amor por la verdad, y en una novela del año 537 escribe de dios: *summa et prima veritas.* La verdad, esa manifestación de la divinidad, el legislador la puede reconocer en sentimientos. Por la verdad, se harán legítimas las sanciones. E irá, en el seno de la «verdadera» religión, concentrándose la «verdadera» autoridad del obispo. También se conformará una estructura, «el proceso», para conducir la verdad. Se registra, se recapitula la evolución del documento y la interpelación de Fides a las partes y testigos.

Se hará antes un tajo, o mejor, un atajo en expansión: la ficción, un pliegue útil al emperador. La industria de la ficción origina mundos nuevos: uno de ellos, híbrido, es el mundo de los *quasi:* cuasi contratos y cuasi delitos, también lo cuasi estará entre lo falso y la verdad.

Y la fuerza de la escritura documenta la verdad de cada acto imperial, de cada orden

administrativa. La verdad de los documentos proviene de los *scrinia* imperiales, de los archivos cilíndricos portadores de una *veritas* objetiva por su procedencia.

Se cincela la figura judeocristiana del juez justo, se rearticula lo romano y lo cristiano, se impulsa la verdad argumentativa, cargada de superlativos, propia del *ius controversum.*

Pero la puntuación es dada, en lo que será verdad, por la ideología del cristianismo. De este modo, la *veritas* buscada en el proceso será reflejo de esa verdad que halla su imagen viva y eterna en Jesús.

Y tal búsqueda se carga y sobrecarga de procedimientos. La verdad se procedimentaliza, rebasa resistencias de tradición y confronta prácticas.

vii) En este punto, John Hudson ofrece una visión de las pruebas sobrenaturales y del creciente escepticismo hacia la ordalía, señalando la apertura del camino inglés al juicio por jurados, apertura que quizás abone al cauto y fértil sendero del empirismo y sus derivas escépticas, analíticas y pragmáticas.

viii) Robert Jacob, el exquisito autor de *La gracia de los jueces*, proclama que Dios se habrá hecho investigador. La inquisición en la Alta Edad Media revela los modos rituales de resolver los conflictos (y el escrito jurídico pervive en esa condición de ritual).

Contra las ingenuidades evolucionistas, contra el reduccionismo que desconoce la racionalidad de los rituales de nuestros predecesores, se *debe* tomar otra dirección al evaluar los ritos decisorios del pasado. Y tal camino desemboca en el reconocimiento de la gracia, de la sacralidad de los rituales decisorios modernos. El desencantamiento del mundo y la racionalidad del Derecho y la burocracia han corrido el foco, dejando de considerar lo encantado en el flujo del *nomos* contemporáneo. No hay fragilidad. La «verdad» del rito procede de las palabras que construyen algo sólido y también inolvidable. Los ritos aparecen, entonces y después, como fórmulas de una reconstrucción memorial. No hay ingenuidad en las mentalidades primitivas: aquella, la verdad que cultivaban, se basaba en la recomposición de un orden deseable de las cosas. ¿Acaso olvidamos que la paz vale el esfuerzo? ¿Acaso olvidamos ese ideal perseguido por el movimiento del pensar wittgensteiniano?

1080: el año en que Anselmo de Canterbury concluye su *Tratado sobre la verdad.* Desde allí, en un mundo que el huracán tomista dejará atrás, lo verdadero aparece fundado en el deber ser y la verdad no es más que la rectitud —o la probidad o la corrección—. He allí la causa de todas las otras causas. Verdad, para Anselmo, como resume Jacob, es lo que se encuentra en la cosa verdadera, en el hombre verdadero, en la palabra verdadera. La verdad surge no del ser, sino del actuar: la verdad de la acción es su rectitud; por eso, los seres son verdaderos cuando hacen lo que deben, cuando se pliegan a los destinos concebidos para ellos por la verdad suprema. El fuego que se desprende del calor es verdadero porque responde a su naturaleza. El hombre que ama a su prójimo es un hombre verdadero, pues obedece a la verdad moral. Verdad, rectitud y justicia se definen una mediante la otra. Son aliadas, como alguna vez lo fueron entre los griegos. La lección de Anselmo: nunca tratar de disociar ser de deber. La ley en el corazón: la verdad como idea regulativa, pero esta ya parece la profesión de fe kantiana.

ix) Richard Helmholz considera que los historiadores sociales subestimaron la medida en que el Derecho medieval conformaba una búsqueda de la verdad. Y presenta, en el mundo que le sucede a Shakespeare y Cervantes, para el mundo de Calderón de la Barca, al tribunal como *theatrum veritatis,* exponiendo el lineamiento de la obra del cardenal Gian Battista De Luca (1614-1683).

x) La tortura en Francia, desde el siglo XII (analizada por Jean-Marie Carbasse), en el Midi francés (analizada por Maïte Lesné-Ferret y Leah Otis-Cour), la tortura habitual y generalizada, aun para los menores, pero

que podría exceptuar las personas «honestas» y de «buena reputación», aun si fueran pobres —*cf.* la ordenanza de Saint-Louis, 1254—, y, por fin, las «ambigüedades» de la tortura en la Francia de los siglos XV al XVIII (Laurence Montazel). Pero Francia es apenas una pequeña provincia en la extensa patria de la tortura. Son múltiples las presencias de la tortura en las páginas escritas, la presencia de eso omnipresente, de lo que aplasta usualmente invocando la búsqueda de la verdad. (La tortura que enmudece y oprime el mundo sella, comprime la existencia hasta el grito, donde se halla la verdad. La verdad de la tortura, en el libro de Elaine Scarry *The body in pain,* en «La colonia penitenciaria»).

xi) Barbara Shapiro presenta indicios de la historia del «hecho» en el Derecho y señala que todos los tribunales se enfrentan a cuestiones epistemológicas, aunque ellas se hagan presentes entre ejercicios retóricos que buscan persuadir y sean filtradas por presunciones. En esa travesía se indican las evidencias, las alegaciones a la «certeza, más allá de toda duda razonable».

Por el contrario, Jean-Louis Halpérin analiza la supremacía de la verdad jurídica sobre la verdad fáctica en la legislación francesa moderna. Y sugiere ir más allá de François Gény y retomar el pensamiento radical de Raymond Saleilles: relativismo, constructivismo, escepticismo ante las presuntas verdades jurídicas. Ya se anuncia el programa de Bruno Latour.

xii) Sucar y Cerdio han sabido «evitar dos errores tan graves como comunes, e íntimamente relacionados», que denominan *ingenuidad ontológica* e *ingenuidad epistemológica*: «Por lo primero entendemos la creencia de que el Derecho es una suerte de *cosa, objeto o entidad en la realidad que posee propiedades universales e inmutables;* por lo segundo, la creencia de que es posible identificar, en la realidad, *a partir de la mera observación*, algo así como "el Derecho" o entidades jurídicas» (p. 157). Desde este prisma, transitan un cauce de conocimiento que: a) problematiza intuiciones preteóricas y criterios teóricos, interpelando aquello comúnmente llamado *Derecho antiguo, Derecho medieval, Derecho moderno y Derecho contemporáneo;* y b) renueva y extiende las articulaciones críticas entre teoría e historia del Derecho, rebasando la departamentalización disciplinaria que empobrece la investigación del fenómeno jurídico. Se muestra en las páginas del libro la fertilidad de un estilo cognitivo esquivo a las generalizaciones apresuradas; se expone, en su densidad, un perfil epistemológico pluralista, abierto a la revisión y alejado de los tradicionales «ismos» institucionalizados que reducen los suelo y horizontes de las inquietudes del saber.

xiii) «Un experto es un hombre que ha dejado de pensar: sabe»

(Frank Lloyd Wright)

La lectura del conjunto de trabajos reunidos provoca un doble movimiento: clarifica diversas encrucijadas históricas del dispositivo jurídico y muestra la relevancia del estilo genealógico de investigación del Derecho. En este segundo sentido, el libro abona un paradigma en el cual el *homo academicus* se arroja a la riqueza y fecundidad de la historia. Esto sacude el hábito de acorazamiento en lo universal y abstracto, y despierta la pasión de buscar singularidades, de observar diferencias, de constatar matices y, de esa forma —y aunque se trate hacerlo en un sentido mínimo—, de tender a «salvar» lo pasado del olvido. A través de ese tránsito se muestran aspiraciones del conocimiento histórico que tejen constelaciones, y sus núcleos ajustan verdades y justicias. En la demanda de conocimiento histórico, entonces, se tejen otros lazos entre Derecho y verdad, y entre detalles y pormenores develados se interpelan visiones aceptadas y se sugieren otras exploraciones. Y aquí, el sendero genealógico da cuenta de otro disciplinar el indómito reino de los fenómenos normativos acaecidos. Y eso «otro» persigue ordenar con justeza los fenómenos jurídicos pasados. Ordenar plural que, desde la diversidad de configuraciones históricas, hace estallar las máquinas abstractas que aseguran comprenderlo todo. El pluralismo y

la apertura de la metodología transitada por la presente investigación prueban la resistencia que la genealogía le opone a las generalizaciones dogmáticas. El rumor de la historia se hace oír en el libro. Y hace legible un mosaico de situaciones, transiciones, conexiones, presentando una constelación fecunda: la genealogía. Se despierta la responsabilidad por la historia, se practica la responsabilidad por lo ocurrido. Y eso se hace horadando la comodidad de la indiferencia, la seguridad de no asumir riesgos.

Si las diversas configuraciones del dispositivo jurídico exponen estilos de atribuir responsabilidades, la carga epistémica, política y existencial que conlleva señalar con fuerza de verdad, de exculpación o de castigo entreteje esfuerzos, trabajos que demandan soportar lo insoportable y que frecuentemente finalizan en la impaciencia y el cansancio. El investigador se carga de una mezcla de odio a una responsabilidad exorbitante y de frustración por los pequeños o nulos resultados del camino que conduce a una conclusión que, apenas advertida, abre un nuevo escalón que demanda una mayor concentración y penetración. Demanda reconocer que resta saber; demanda reconocer qué poco se sabe y cómo aquello opacado por la ilusión de certidumbre y el polvo de la convicción puede ser devuelto a la luz por particularidades que arrinconan lo sabido y exigen mayor responsabilidad para investigar un campo fenoménico. Se trata, como muestra este libro, de la incansable persistencia de una pasión responsable que abona el trabajo del pensamiento. Acaso esta sea una ética minúscula, sin mayor pretensión que la de seguir dando vueltas a páginas de archivos y libros, de detenerse y volver a fojas de antiguos expedientes y comentarios ya transitados, pero en ella, en ese estilo de saber, se pone en juego la justeza de la verdad y el derecho a abrir y revisar el proceder (ajustes y desajustes) obrante en dispersas montañas de cajas negras, muchas de ellas etiquetadas (sentenciadas) genéricamente como «Derecho», «justicia» y «verdad».

Tratado lógico-filosófico. Ludwig Wittgenstein. *Crítica bibliográfica*

Margit Gaffal
Universidad Complutense de Madrid

Ludwig Wittgenstein, *Tratado lógico-filosófico. Edición. Logisch-philosophische Abhandlung.* Edición crítica de TS 204, de la Biblioteca Nacional de Austria. Introducción y traducción de Jesús Padilla Gálvez, Tirant Humanidades, Valencia 2016, 250 págs. (contiene edición facsímil de TS 204).

La elaboración de una nueva traducción del *Tratado lógico-filosófico* no es una tarea fácil. Requiere conocimientos de la materia, superación de los errores llevados a cabo anteriormente y la propuesta de soluciones nuevas para así ofertar la posibilidad de llevar a cabo una nueva lectura de la obra. Encontrar la llave para abordar una nueva interpretación y, por tanto, traducción de esta obra requiere de un bagaje nuevo. Para comprender la dificultad que esta empresa presupone baste llamar a la memoria dos momentos claves del trabajo de traducción e interpretación en Alemania. El primero se debe a Norbert von Hellingrath que gracias a sus estudios acerca de la traducción efectuada por Hölderlin sobre Píndaro permitió realizar una nueva lectura del modo de escritura del poeta romántico. Influenciado por dicho estudio, M. Heidegger también buscó la llave para acceder a la obra de Nietzsche.

La pregunta que se tiene que hacer cualquier traductor e intérprete es la siguiente: ¿Cómo se accede a la traducción —y con ello, a la interpretación— del *Tratado* de Wittgenstein? La respuesta no recae sobre una mera translación de los términos o, por analogía, transcribir las palabras o vocablos que se han propuesto en otras lenguas al castellano. Toda traducción requiere un compromiso ontológico. Dicho compromiso lo debe aclarar desde el inicio el traductor indicando cuantas alternativas existen en la traducción con el fin de que los lectores se decanten por la que consideren más adecuada. El profesor Padilla ha sido consciente del reto que supone traducir del alemán al castellano esta obra temprana de Wittgenstein y asume el riesgo que esto implica. Por ello ha sugerido algo más audaz y nuevo: ir a la fuente misma de la obra y publicar el manuscrito original que se encuentra en la Biblioteca Nacional de Austria. La editorial Tirant Humanidades ha tomado el guante y ha publicado una edición sumamente cuidada, para bibliófilos, en la que el lector, además de una introducción, una edición crítica, el glosario y un índice, encuentra la edición facsímil del *Tratado lógico-filosófico* (TS-204) de Ludwig Wittgenstein con todas las anotaciones realizadas por nuestro autor vienés. La obra es asequible en su estado original y además se editan una traducción y cuantas versiones distintas escribió Wittgenstein en su preparación a la misma.

Pero, ¿cuál es la llave que permite el acceso a la obra? Si observamos cuidadosamente la

traducción advertimos que el traductor ha tenido especial cuidado en leer entre líneas. No sólo ha repasado a los filósofos usuales como G. Frege, B. Russell, I. Kant, A. Schopenhauer o B. Spinoza que aparecen por primera vez en una bibliografía crítica al final de la obra, sino que ha tenido en cuenta otras voces muy dispares. Comienza considerando importante la lectura de los *Sudelbücher* de Georg Christoph Lichtenberg. Tiene en cuenta a Karl Kraus y, sobre todo, a Adolf Loos y su trabajo titulado *Ornament und Verbrechen* de 1908. En literatura ha repasado el estilo de J. W. von Goethe, Johann Nepomuk Nestroy y Wilhelm Busch, entre otros. En ciencias busca los ecos que han dejado L. Boltzmann, H. Hertz, en ciertos apartados. Todos ellos han influido en un concepto de expresividad que encontramos reflejado en este *Tratado*.

Wittgenstein se refirió siempre a su primera obra como "*Abhandlung*", es decir, la denominada su "Tratado". Esta obra se "construye" a partir de sus diarios, los dictados a Moore, sus notas sobre lógica y la correspondencia mantenida con múltiples personalidades. El texto final escrito a máquina es repasado en el frente durante la Primera Guerra Mundial. Posteriormente se publicaría una primera versión en el último número de los *Annalen.* Con una traducción inglesa vería la luz en 1922. El manuscrito que se publica es el "*Druckmanuskript*" en el que se aprecian algunos cambios importantes y dudas relevantes. En principio estamos ante la versión definitiva.

El proyecto del *Tractado* queda expresada claramente en su prólogo: Wittgenstein propone trazar un límite entre lo que se puede expresar en el lenguaje y lo que queda al otro lado. Más allá del lenguaje ha de ser considerado un sinsentido. En este lado encontraríamos lo que se puede expresar mediante el lenguaje; al otro, lo inexpresable. Lo expresable ha de tener un contenido significativo. Ha de estar bien formulado con el fin de que su expresividad no genere lo contrario a lo que deseamos decir. El límite traza la frontera con el fin de demarcar el ámbito de competencia del lenguaje.

Wittgenstein era de la opinión en su juventud que había ofrecido una solución definitiva e indiscutible y, en consecuencia, habría solucionado en lo esencial los problemas filosóficos de los dos últimos milenios. Además indicaba que se había hecho poco cuando se habían resuelto los problemas completamente. Por ello, ofrecía una finalización de la gran empresa reflexiva proponiendo a su vez que afrontásemos el futuro inmediato con otros asuntos.

El *Tratado* es una obra que expresa mediante siete números decimales las proposiciones singulares en las que se asume un fuerte compromiso lógico y filosófico. Seguidamente, se introducen ciertas observaciones a las mismas. Subsiguientemente, se escriben nuevas observaciones a estas últimas proposiciones. Sus afirmaciones fundamentales se expresan mediante los siguientes aforismos debidamente numerados:

Comienza el libro con una proposición sumamente importante y que reza del siguiente modo: "El mundo es todo lo que acontece" (1). El término alemán "Fall" es traducido mediante el vocablo "acontecer" lo que supone todo un giro a las propuestas realizadas hasta ahora. Esto lo acerca a las disquisiciones realizadas por Wittgenstein sobre Heráclito. Acontecer está ligado a la familia de los términos "acaecer" y "suceder" que hace referencia a que se produce un hecho. La fuerza de dicha traducción puede generar nuevas lecturas de la obra.

La segunda proposición se traduce de la siguiente manera: "Lo que es un acontecimiento, las cuestiones de hecho, es la existencia de los estados de cosas" (2). Wittgenstein se decanta por definir el modo como se expresan los acontecimientos que ocurren cotidianamente. Estos se circunscriben en lo que la tradición alemana ha denominado cuestiones de hecho (*Tatsachen*). Los acontecimientos sólo se pueden expresar mediante *Sachverhalten*, es decir lo que se ha denominado "estado de cosas". En esta propuesta el lector puede observar claramente la influencia de la tradición austriaca ya

que en esta cultura ha jugado, y sigue jugando, un papel primordial.

La tercera proposición enuncia uno de los núcleos fundamentales de la filosofía tractariana y reza del siguiente modo: "La imagen lógica de los hechos es el pensamiento" (3). El traductor ha explicado en la introducción la razón que le lleva a traducir el concepto alemán de "Bild" mediante "imagen" y deja la noción de "figura" para unos determinados usos. La proposición centra su análisis en la noción fregeana de "*Gedanke*" o pensamiento. Bajo pensamiento ha de entenderse el contenido que se expresa en el lenguaje. En el siguiente apartado se encargará de concretizar el problema.

Uno de los bloques temáticos más complejos desde la propuesta fregeana gira alrededor de una definición exacta del concepto "Gedanke" que literalmente hace referencia a "pensamiento. Por ello traduce esta proposición de la siguiente manera: "El pensamiento es la proposición con sentido" (4). Aquí se estipula que el sentido de toda proposición expresa un contenido. El modo como hablamos o nos referimos nos proporciona el sentido.

La quinta proposición fundamental del Tratado indica que "La proposición es una función de verdad de proposiciones elementales. (La proposición elemental es una función de verdad de sí misma)" (5) En este apartado se indaga la relación extraña entre proposición y función de verdad. Para ello introduce por primera vez las tablas de verdad de las conectivas lógicas.

La sexta proposición es la más formal de todas al indicar: "La forma general de la función de verdad es: $[\tilde{p}, \tilde{\xi}, N(\tilde{\xi})]$. Esta es la forma general de la proposición."(6). En la fórmula indicada $\tilde{p}$ se considera el conjunto de todas las proposiciones elementales. La $\tilde{\xi}$ hace referencia a una selección arbitraria de variables y $N(\tilde{\xi})$ es una operación realizada sobre los valores que hace referencia a la negación conjunta. Esta fórmula admite la forma general de la proposición debido a que toda proposición es considerada el resultado de aplicar de manera sucesiva la operación de negación conjunta a las proposiciones elementales.

La última proposición es traducida elegantemente del siguiente modo: "Sobre lo que no se puede hablar, sobre eso, se tiene que guardar silencio" (7). El aparato crítico introducido por Padilla permite delimitar el sentido de esta proposición que ha sido interpretada de manera muy disímil. Wittgenstein hace una acotación recogida en el aparato crítico señalando que en ciertos casos el simbolismo negativo tiene sentido debido a que si un interlocutor no da una respuesta explícita, ésta puede ser considerada, a su vez, como una contestación. Y la edición crítica indica que en estos casos, el sentido del silencio se determina de forma inequívoca.

En tiempo de diversificación es recomendable que surjan nuevas voces al traducir obras tan importantes como el *Tratado lógico-filosófico* y que aporten un nuevo acceso a los lectores de la obra de Wittgenstein. El profesor Padilla está llevando a cabo un trabajo encomiable al ofrecer un nuevo repaso asentado sobre modos distintos de entender el lenguaje usado por el filósofo vienés. La Editorial Tirant lo Blanch ha realizado un gran esfuerzo al publicar una obra como se exhibe actualmente en Alemania con el fin de acercar al lector a las fuentes mismas y así corroborar cuáles fueron los párrafos más controvertidos para el propio Wittgenstein. La reproducción es de alta calidad y permite reproducir fielmente los colores, el tamaño, los defectos y matices del documento original.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

http://teoriayderecho.tirant.com

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en *n* partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta *n*; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta *n*, y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1…) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2…).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos 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.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales pueden enviarse por correo electrónico a esta dirección: teoria.derecho@uv.es. También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ^{2}2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

• Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (^{2}2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

• Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

• Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

• Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antibambdas y con punto después de la antilambda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <http://www.arxivers.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. BASES DE DATOS

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.
ISOC: Sumarios Derecho
RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
CIRC: Clasificación integrada de revistas científicas

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to mantain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in *n* sections, from 1 to *n*; each subsection can also be divided from 1 to *n*, and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1…) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2…).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requeriments mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), althougth the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropiate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

The original texts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Also, the original manuscript and a digital copy can be sent to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ^{2}2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferible to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (^{2}2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compilator…, preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availabilty, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <http://www.arxivers.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

VI. DATABASES

LATINDEX: accomplishing 33 quality criteria (of 33 criteria)
DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
CIRC: Integrated Classification of Scientific Journals
RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
ISOC: Database Unity ISOC. Review of Scientific Publications
ISSN: 1888-3443 Tel: 96 361 00 50 ext 4 · Correo Electrónico: teoria@tirant.com

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

http://teoriayderecho.tirant.com

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Tirant lo Blanch, como editor de la Revista "Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico", y su Comité editorial, son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas a la Revista, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la Revista.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales. Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden hallarse en la página web de la Revista, y que se incluyen en cada número.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores deben velar por asegurar la calidad científica y académica de la Revista, siendo los principales responsables de la legalidad existente en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio. El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva.

La confidencialidad será protegida especialmente durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Toda información no publicada, argumentos o interpretaciones contenidas en un original remitido a la Revista no podrá ser utilizado en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetvia la calidad de los originales, así como su originalidad, con especial interés por mantener la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial.

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Tirant lo Blanch, as editor of the Journal "Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico", and its Editorial Board, have the responsibility to establish and maintain guidelines for selecting and accepting papers submitted to this journal, and assuming the responsabilities arising from this process.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

Authors should ensure that they have written entirely original works and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included in the issues.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the Journal, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights. The editor should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits.

Confidentiality shall be strongly protected during the peer-review process. Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document.