
Cuadernos

de la Facultad de

Derecho

17



Palma 1991

Universitat de les Illes Balears

**Cuadernos
de la
Facultad
de
Derecho
17**

Palma 1991



Universitat de les Illes Balears

Consell de redacció:

Director: Avelino Blasco Esteve
Vocals: Miquel Coca Payeras
Bartomeu Colom Pastor
Bartomeu Sitjar Burguera
Joan Riutord Pane
Secretari: Joan Flaquer Riutort

© *del text*: els autors, 1991

© *de l'edició*: Universitat de les Illes Balears

Edició: Universitat de les Illes Balears
Servei de Publicacions
i Intercanvi Científic

Cas Jai. Campus de la UIB
Cra. de Valldemossa, km 7.5
E-07071 Palma (Balears)

Impressió: Impremta Politècnica, Carrer de Can Troncoso, 3. 07001 Palma

ISSN: 0212-0577

DL: PM-300 / 1982

No es permet la reproducció total o parcial d'aquesta revista ni de la coberta, ni el recull en un sistema informàtic, ni la transmissió en qualsevol mitjà, ja sigui electrònic, mecànic, per fotocòpia, per registre o per altres mètodes, sense el permís dels titulars del *copyright*.

Correspondència: Servei de Publicacions. Cas Jai. Campus de la UIB
Cra. de Valldemossa, km. 7.5. E-07071 Palma (Balears)

Preu: 2.500 ptes.

ÍNDIX

<i>Salutació</i>	7
Avelino Blasco Director de la revista Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de les Illes Balears.	
I. Estudios.	
<i>Lliure desenvolupament de la personalitat i delictes contra la vida.</i> <i>Dues qüestions: suïcidi i avortament</i>	9
Juan Carlos Carbonell Mateu. Catedràtic de Dret Penal de la Universitat de les Illes Balears.	
<i>La Constitución de 1812</i>	19
Francisco Astarloa Villena. Professor Titular de Dret Constitucional de la Universitat de les Illes Balears.	
<i>Aborto y referéndum consultivo</i>	47
Joan Oliver Araujo. Professor Titular de Dret Constitucional de la Universitat de les Illes Balears.	
<i>La política social de la CEE</i>	53
Luis Gabriel Martínez Rocamora. Professor de Dret del Treball de la Universitat de les Illes Balears.	
<i>El concepto penal de fuerza armada</i>	79
Eduardo Calderón Susín. Professor de Dret Penal de la Universitat de les Illes Balears.	
<i>Sobre la legalidad del derecho: un punto de vista conceptual</i>	97
Aulis Aarnio. Professor de Filosofia del Dret de la Universitat de Helsinki.	
<i>Los acuerdos entre las Comunidades Autónomas y la Iglesia Católica en España sobre el patrimonio cultural de la Iglesia</i>	107
Federico R. Aznar Gil. Professor de Dret Eclesiàstic de l'Estat de la Universitat de Salamanca.	
<i>El "escreix". Breves anotaciones antropológicas</i>	131
Sebastià Trías Mercant. Catedràtic de Filosofia de l'Institut Ramon Llull de Palma de Mallorca.	
II. Jurisprudència	
<i>Resolución de vitalicio por incumplimiento de una de las partes</i>	145
José Ángel Torres Lana. Catedràtic de Dret Civil de la Universitat de les Illes Balears.	

<i>Solicitud en expediente administrativo de declaración de ruina de un inmueble y acción de reparación de dicho inmueble ex art. 107 de la LAU: ¿supuesto de litispendencia?</i>	151
Isabel Tapia Fernández.	
Professora Titular de Dret Processal de la Universitat de les Illes Balears.	
<i>Jurisdicción por razón del objeto. Auxilio marítimo (reglamentación de cantidad por los servicios prestados a una nave). Determinación de la jurisdicción que, en razón de la materia, debe conocer. "Jurisdicción de marina". Excepción de falta de jurisdicción de los Tribunales civiles: desestimación</i>	159
Francisco López Simó.	
Professor de Dret Processal de la Universitat de les Illes Balears.	
<i>Acción de división sobre vivienda común cuyo uso había sido atribuido a uno de los cónyuges en sentencia de divorcio; necesidad de consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial</i>	167
Santiago Cavanillas Múgica.	
Professor Titular de Dret Civil de la Universitat de les Illes Balears.	
<i>Límite temporal de los alimentos reconocidos a los hijos en sentencias de separación o divorcio; no lo es la llegada de éstos a la mayoría de edad. Atribución ex art. 96 CC de dos viviendas, distintas de la última vivienda familiar. Carácter reparador, no alimenticio, de la pensión compensatoria</i>	171
Santiago Cavanillas Múgica	
<i>Espolits; carácter sinalagmático; no aplicación de adquisiciones posteriores a la separación de hecho</i>	179
Santiago Cavanillas Múgica	
III. Recensiones de libros.	
<i>Sobre la Iglesia y el Estado, (autor: Isidoro Martín Martínez)</i>	189
Antonio Pérez Ramos.	
Catedràtic de Dret Eclesiàstic de l'Estat de la Universitat de les Illes Balears.	
<i>Comentarios a la legislación Penal. Tomo X: La reforma de los delitos contra la defensa nacional</i>	191
Javier Sánchez del Río y Sierra.	
Professor de Dret Penal	

SALUTACIÓN

Avelino Blasco

Director de la Revista

La revista de la Facultad de Derecho de la UIB inicia una nueva etapa, cambiando de formato, de estructura y de director.

Cambia de entrada el formato, debido a que en adelante la Revista se editará por el Servicio de Publicaciones de la UIB, por lo que debe adaptarse al formato estandarizado de las Revistas editadas por dicho Servicio

Varía también ligeramente la estructura de la Revista. Esta se compondrá fundamentalmente de varias Secciones fijas: la primera ("Estudios") mantiene el carácter teórico que ya tenía; la segunda ("Notas de jurisprudencia") pretende incorporar comentarios breves de jurisprudencia, redactados de manera fácil y práctica, y sin necesidad de aparato bibliográfico, comentarios que dediquen especial atención a las sentencias dictadas por los órganos judiciales con sede en las Islas Baleares; la tercera sección ("Recensiones de libros") es también tradicional en las Revistas jurídicas y ya existía en ésta. Por el contrario, nos ha sido imposible incluir en este número la anterior sección que contenía la relación y un breve resumen de las sentencias de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, sección esperamos reanudar desde el próximo número, aunque con referencia únicamente a las sentencias de la Sala 3a. de la Audiencia Provincial (antigua Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial).

Cambia, por último, el Director de la Revista. El anterior Director, el Prof. Gregorio Delgado del Río, ha cubierto una dilatada y brillante etapa al frente de la misma. A partir de este número, asumo el testigo de sus manos, con el propósito de intentar mantener el alto nivel alcanzado hasta ahora.

Sirvan entonces estas breves líneas de salutación a todos los lectores de "Cuadernos de la Facultad de Derecho" y, en especial, a los miembros de la gran familia jurídica de Baleares, a los que animo especialmente a participar en esta Revista, que pretende ser la suya.

LLIURE DESENVOLUPAMENT DE LA PERSONALITAT I DELICTES CONTRA LA VIDA. DUES QÜESTIONS: SUCIDI I AVORTAMENT*

Joan Carles Carbonell Mateu

Resumen.- El reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad comportan la consecuencia en el ámbito penal de impedir el uso del poder punitivo del Estado respecto de aquellas conductas que no resulten trascendentes para las libertades de los demás. En el trabajo se cuestiona la constitucionalidad de la punición de las conductas relacionadas con el suicidio, donde la libre decisión del sujeto pasivo, en uso de su libertad, carece por completo de relevancia. En el libre desarrollo de la personalidad debe encontrarse, por otra parte, el fundamento de la mayor parte de los casos de justificación que comporta la despenalización parcial del aborto.

1. L'article 10 de la Constitució Espanyola de 1978, relacionat amb els articles 9è. i 1r. de la mateixa norma, configura el marc d'actuació dels poders de l'Estat social i democràtic de Dret.

Efectivament, l'article 9.1 expressa la qualitat de l'Estat de Dret quan afirma que "Els ciutadans i els poders públics resten subjectes a la Constitució i a la resta de l'Ordenament Jurídic", mentre que el 9.2 conté una molt clara referència a l'Estat social: "Correspon als poders públics de promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives; remoure els obstacles que n'impedeixin o dificultin la plenitud i facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social."

Doncs bé, l'article 10.1 suposa una síntesi entre l'Estat liberal i el social quan consagra el que s'ha anomenat Estat democràtic de Dret, les característiques fonamentals del qual recull així: "La dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels altres són fonament de l'ordre polític i de la pau social."

No es tracta de configurar un Liberalisme a l'estil de les Constitucions del XIX, sinó tan sols de situar el ciutadà i l'exercici de la llibertat en l'eix de l'organització estatal. L'Ordenament Jurídic, com a resolutori de conflictes, tant d'atribució com de distribució de béns i interessos, col·loca

(*) Text de la lliçó inaugural del Curs Acadèmic 1989-90 de la UIB, pronunciada pel autor el dia 6 d'octubre de 1989.

l'exercici de la llibertat pel ciutadà en el punt de mira de l'activitat estatal. En el moment actual del desenvolupament de la Història és necessari recordar que l'exercici de les llibertats implica, lògicament, també la creació de les condicions materials necessàries. Per això, resulta imprescindible cohesionar els aspectes bàsics del Liberalisme i de l'Estat social en l'Estat democràtic de Dret.

En qualsevol cas, l'exaltació de la persona i la llibertat com a eix central comporta la interdicció de la intervenció estatal limitant tot allò que no tingui transcendència davant els altres. Dit d'una altra manera: suposa la limitació de la facultat de prohibir tan sols aquells aspectes de la conducta humana que siguin transcendents, que afectin els altres ciutadans; cosa que, com tindrem ocasió de veure, té una gran importància en l'àmbit del Dret penal: la fonamentació del poder punitiu de l'Estat rau en la tutela d'interessos individuals o supraindividuals que tinguin a veure directament amb l'exercici de les llibertats o, indirectament, amb la remoció dels obstacles i la creació de les condicions per a tal exercici, la qual cosa es farà, també, amb la tutela del que s'han anomenat "interessos difusos" o col·lectius.

El paradigma que "tot allò que no està expressament prohibit està permès i es té dret a fer-ho", conseqüència del principi de legalitat, al qual fa referència l'article 25.1 de la Constitució, ha de ser complementat amb el fet que "tan sols pot estar prohibit allò que resulti transcendent per a les llibertats alienes".

Això significa fonamentar el Dret penal en el principi de llibertat i de tutela, superant concepcions basades en el principi de moralitat o eticitat, segons el qual es tractava d'una eina d'imposició de l'ètica i fins i tot de la ideologia socialment dominant, concepció aquesta incompatible, al meu parer, amb un Estat democràtic de Dret.

Si, en l'ordre constitucional, la tesi aquí defensada mena a una interpretació de tots els drets i llibertats no contradictòria, sinó entesa com a concreció del que es disposa a l'article 10, que es converteix així en el "tipus rector de la interpretació constitucional dels drets i llibertats", en l'ordre penal això determinarà la interpretació dels tipus penals —l'objecte de protecció dels quals són, precisament, eixos drets i llibertats— a la llum del "lliure desenvolupament de la personalitat".

Convé aturar-se, almenys un minut, en la reflexió de si pot o no afirmar-se que són precisament els drets fonamentals i les llibertats públiques l'objecte de protecció dels tipus penals.

Amb la seva tasca de tipificar o, si s'estima més, prohibir conductes i preveure penes com a conseqüència de la verificació d'aquestes, el Dret penal limita i, per tant, desenvolupa drets i llibertats. El Tribunal Constitucional així ho ha entès, almenys quan es preveuen penes privatives de llibertat, i la doctrina majoritària ho ha fet extensiu a la resta de les penes i, en tot cas, a qualsevol tipificació de conductes: aquest ha estat el princi-

pal argument per a defensar l'existència d'una reserva de llei orgànica en matèria penal i la seva cobertura formal a l'article 81.1: "Són lleis orgàniques les relatives al desenvolupament dels drets fonamentals i de les llibertats públiques, les que aproven els Estatuts d'Autonomia i el règim electoral general i les altres previstes per la Constitució."

El terme "desenvolupament" ha de ser entès en un doble sentit: com a protecció i com a limitació. Convé recordar com la Constitució dels Estats Units declara il·legislables alguns drets fonamentals, sobre la base que qualsevol legislació que incideixi sobre drets expressament declarats constitueix necessàriament una limitació externa d'aquests drets.

Doncs bé, si tota legislació punitiva ha de suposar un desenvolupament, en el sentit de limitació, de drets fonamentals, no sembla en absolut excessiu afirmar que és necessari mantenir una proporcionalitat entre la protecció i la limitació dels drets, la qual cosa pot efectivament tenir la significació de reservar el Dret penal, com a última ratio, per a la protecció només de drets fonamentals i llibertats públiques.

Perquè això no suposi una "perversió" de l'ordre polític, atribuint al Tribunal Constitucional unes funcions que corresponen al Legislatiu, o una "interpretació estàtica" de la mateixa Constitució que n'impedeixi l'adaptació als nous fenòmens i valoracions socials, es fa necessari entendre que també poden ser objecte de protecció penal els interessos implícits, necessaris o, fins i tot, simplement convenients per al seu desenvolupament. No es tracta, per tant, que tan sols puguin ser considerats com a béns jurídics protegits els drets fonamentals i les llibertats públiques constitucionalment reconeguts, sinó tan sols que darrera de tot bé jurídic es troba un dret fonamental, una llibertat pública o, almenys, un valor amb rellevància constitucional.

Aquest valor amb rellevància constitucional, tal com s'ha dit abans, ha de ser interpretat d'acord amb el lliure desenvolupament de la personalitat.

La qual cosa té les següents conseqüències penals:

a) Quant a la tutela, és necessari aprofundir en la protecció dels interessos amb rellevància de cara al lliure desenvolupament de la personalitat, tant pel que fa a béns individuals com ara la intimitat, el dret a l'oci, etc., és a dir, atorgar protecció davant les agressions al lliure desenvolupament de la personalitat donant-li, fins i tot, una tutela positiva, com pel que fa a béns de titularitat supraindividual, tutelant les condicions externes i comunitàries que permetin el lliure desenvolupament, com ara el medi ambient, l'urbanisme, l'erari públic que faci possible una correcta redistribució de la riquesa, etc.

b) Quant a la interdicció de la intervenció de l'Estat, resulta necessari limitar el seu poder punitiu donant un sentit material al "principi d'ofensivitat o lesivitat", que deriva així del concepte de bé jurídic i de la seva rellevància constitucional, forçosament tamisada, com s'ha dit, pel lliure

desenvolupament de la personalitat, cosa que fa que no sigui admissible la prohibició de conductes no agressives per al lliure desenvolupament dels altres.

Només així, per altra banda, es dota d'un contingut el principi de lesivitat, que al si d'una concepció valoradora de la norma no tindria, en canvi, cap funció sistemàtica formal.

Tot el que hem dit fins aquí ens permet passar a analitzar quins efectes té el paper que hem donat al lliure desenvolupament de la personalitat en un àmbit concret: el dels delictes contra la vida.

2. La vida, com a objecte de protecció penal, no presenta, en principi, cap problema des del punt de vista del seu reconeixement constitucional: l'article 15 diu de manera taxativa que "tothom té dret a la vida". Malgrat això, podem qüestionar-nos si tota vida, sense cap matisació, és digna, susceptible i necessitada de protecció penal. I, en tot cas, quina és la vida a la qual fa referència l'article 15 de la nostra norma fonamental.

Hem destacat la necessitat d'interpretar tots els drets fonamentals i les llibertats públiques reconegudes a la nostra Constitució d'acord amb criteris derivats del lliure desenvolupament de la personalitat. Es tracta, en fi, de no fer una interpretació contradictòria, en aquest cas entre vida i llibertat, sinó de considerar que aquests dos valors s'integren mútuament, de manera que no puguin aparèixer com a contraposats: la llibertat és, no oblidem la vigència de l'article 1r. de la Constitució, valor superior de l'Ordenament Jurídic i la dignitat de la persona, fonament de l'ordre polític i de la pau social.

Una interpretació integradora de vida i llibertat, i, per tant, una interpretació de l'article 15 a la llum del lliure desenvolupament de la personalitat, obliga a considerar que només la vida lliurement desitjada pel seu titular pot merèixer el qualificatiu de bé jurídic protegit. En altres paraules: la vida és un dret, no un deure i, com ha reconegut la Sentència del Tribunal Constitucional d'11 d'abril de 1985, no existeixen drets absoluts.

Per tant, objecte de protecció dels delictes recollits al Títol VIIIè. del Llibre II del Codi Penal —almenys en els seus dos primers capítols— és la vida lliurement desitjada pel seu titular. Això significa que només les conductes atemptatòries contra aquest bé jurídic poden ser considerades típiques. En canvi, les conductes que en absolut atempten contra la vida lliurement desitjada hauran de ser considerades atípiques per manca de lesivitat contra un bé jurídic o, si s'estima més, no seran objectivament imputables perquè no afecten el fi de protecció de la norma.

La qüestió que ara volem plantejar és la següent: davant la decisió lliurement adoptada per un ésser absolutament sa des del punt de vista psíquic i sense pressions alienes de cap tipus de posar fi a la seva vida, és legítima la intervenció de l'Estat castigant tots els qui tinguin qualche intervenció en el fet del suïcidi? ¿Com s'ha d'interpretar l'article 409 del Codi Penal espanyol quan afirma que "qui auxiliï o indueixi un altre per-

què se suïcidi serà castigat amb la pena de presó major –de 6 anys i un dia fins a 12 anys de privació de llibertat–; i si l'auxiliés fins al punt d'executar ell mateix la mort serà castigat amb la pena de reclusió menor –de 12 anys i un dia fins a 20 anys”?

Convé advertir que aquesta darrera pena és exactament la mateixa que preveu l'article 407 per a l'homicidi; en altres paraules, hi ha una absoluta equiparació entre les conductes d'homicidi, "d'execució del suïcidi aliè" i fins i tot d'eutanàsia sense o contra el consentiment del subjecte passiu, tema aquest darrer en el qual no entrarem de moment.

Aquesta equiparació es fa sobre la base de no atorgar gens d'importància a la voluntat del titular de la vida. S'ha dit que, no obstant això, l'article 409 compleix certa funció de privilegi, en la mesura en què, com que és llei especial, s'aplica amb caràcter preferent davant el parricidi o l'assassinat, delictes que preveuen una pena superior. Ja fa molts d'anys que aquesta argumentació ha estat rebutjada, per tal com en les conductes relacionades amb el suïcidi, i de manera específica en l'eutanàsia consentida i sol·licitada, no es produeix el major reprotxe o, si s'estima més, desvalor de l'acció, que es dóna en el parricidi i l'assassinat i que "justifica", entre cometes, perquè al meu parer no hi ha cap justificació per a castigar més durament aquestes conductes des del punt de vista d'un Dret penal amb la tasca de tutelar béns jurídics, la major pena d'aquestes figures.

Així doncs, l'article 409 del Codi Penal no atorga cap tipus de rellevància a l'article 10 de la Constitució, al lliure desenvolupament de la personalitat, i resta ancorat en una concepció de la vida diferent de la constitucional.

Podem, en aquest punt, fer, almenys, dos plantejaments que ens ban de conduir a qüestionar-nos la constitucionalitat de la vigent redacció de l'article 409 del Codi Penal espanyol. I el tema és important, en la mesura que afecta quasi tots el supòsits d'eutanàsia sol·licitada, i en tot cas nega el reconeixement d'un dret a triar el moment i la manera en què es desitja morir.

Des d'un plantejament mínim, es pot dir que l'equiparació entre homicidi-suïcidi i homicidi simple suposa una absoluta ignorància de la llibertat i la dignitat de la persona com a valors, i és contrària al principi de proporcionalitat, en la mesura en què parifica dues, si no tres, conductes que són absolutament diferents i que mereixen un tractament diferenciat: l'homicidi simple, l'eutanàsia sense o fins i tot contra la voluntat del subjecte passiu i l'execució del suïcidi aliè, dins del qual es trobaria l'eutanàsia a petició del subjecte passiu.

Tal equiparació de conductes converteix en inconstitucional l'últim incís de l'article 409 del Codi Penal. Podria pensar-se que tal declaració no impediria de situar les conductes en el primer incís, és a dir, en l'auxili no executiu al suïcidi, però tal pensament esdevé incorrecte des del moment en què això suposaria forçar la lletra de la llei i, a més, parificar de nou

dues conductes diferents: l'auxili no executiu i l'execució. En conseqüència, i tenint en compte que seria absolutament rebutjable el fet que estigués tipificat l'auxili i l'execució fos atípica, s'ha d'arribar a les següents conclusions:

- l'equiparació entre l'homicidi simple i l'execució del suïcidi aliè converteix en inconstitucional el darrer incís de l'article 409 del Codi Penal;
- la inconstitucionalitat d'aquest arrossega en cascada la de tot l'article.

Certament, aquest plantejament mínim basat en el principi de proporcionalitat suposa la inconstitucionalitat de l'actual redacció de l'article 409 del Codi Penal espanyol, però no impedeix que, modificant-se les penes i diferenciant-les de les de l'homicidi, es continui tipificant les conductes relacionades amb el suïcidi i negant, per tant, el dret a morir i a triar el moment i la manera, tal com demanava Jiménez de Asúa ja fa seixanta anys.

És hora, doncs, d'acudir al plantejament màxim i recordar que hem començat aquesta lliçó fent referència al fet que l'Estat només pot, des de la seva condició de democràtic, prohibir aquelles conductes atemptatòries contra el lliure desenvolupament de la personalitat aliena. És tasca seva, en canvi, prendre en consideració el lliure desenvolupament del subjecte passiu. Només des de posicions eticistes i moralistes té explicació el puniment de les conductes relacionades amb el suïcidi.

Si la funció del Dret penal és tutelar la vida constitucionalment reconeguda, i hem vist que aquesta és precisament la lliurement desitjada pel seu titular, quan aquest desig no existeixi, sinó que sigui contrari, el Dret penal no pot intervenir. Des d'aquest punt de vista, s'ha de dir que existeix una contradicció entre les valoracions constitucionals i les del Codi Penal i que el bé jurídic atribuït a l'article 409 d'aquest cos legal no té reconeixement constitucional.

Tot això condueix a la interdicció de la intervenció de l'Estat prohibint unes conductes desitjades pel subjecte passiu —la seva pròpia i les de col·laboració i fins i tot inducció— que, per criteris d'accessorietat no ja tècnica però sí material i valorativo-constitucional, haurien de ser considerades penalment irrellevants.

3. També en el marc dels delictes contra la vida, si bé, en aquest cas, contra la vida en formació, té un paper decisiu el lliure desenvolupament de la personalitat. En el cas de l'avortament, el que ara analitzarem és la tasca limitadora de la punició, que fa que, malgrat que l'Ordenament Jurídic conservi el seu interès en la protecció d'un bé jurídic que, en tot cas —i no entrarem ara en discussions respecte d'aquest tema— ha estat considerat digne, necessitat i susceptible de protecció penal, la lesió de la vida en formació o, si s'estima més, pre-natal, no sigui antijurídica.

Tal bé jurídic ha estat enquadrat, tot i que la qüestió no és pacífica, pel Tribunal Constitucional a l'article 15 de la norma fonamental; dintre, doncs, del dret a la vida, allò que converteix el nasciturus en el subjecte

passiu del delictes; qüestió aquesta tampoc pacífica en la doctrina, si bé he de donar, en aquest cas, la meua conformitat amb ambdues opinions.

De tota manera, al que ens referirem és a la fonamentació dels diferents supòsits de despenalització parcial de la interrupció voluntària de l'embaràs, prevists a l'article 417 bis del Codi Penal, segons el qual "no serà punible l'avortament practicat per un metge, o sota la seva direcció en centre o establiment sanitari, públic o privat, acreditat i amb consentiment exprés de la dona embarassada, si hi concorre alguna de les circumstàncies següents:", circumstàncies que després analitzarem.

Convé dir que en el Dret comparat existeixen dues maneres de regular la despenalització parcial de l'avortament —deixant de banda les dues posicions extremes de considerar que mai no es pot avortar o que sempre deu ser lícit fer-ho—: l'anomenat criteri del termini i el de les indicacions. D'acord amb el primer, no serà punible qualsevol avortament practicat durant les dotze primeres setmanes de l'embaràs; d'acord amb el segon, que és el recollit pel Codi Penal espanyol, l'avortament és lícit si hi concorre alguna de les circumstàncies previstes.

No veig cap inconvenient a considerar que tant el primer com el segon dels criteris responen al mateix fonament: som davant un conflicte d'interessos que la llei resol, en uns casos —quan considera punible l'avortament— a favor del valor vida en formació o pre-natal, i en els altres —quan justifica la conducta— a favor o bé de la vida i la integritat de la dona o, sobretot, del seu dret al lliure desenvolupament de la personalitat. Convé dir que, només en seu de justificació, és a dir, de conflicte d'interessos, es pot reconèixer un autèntic dret a l'avortament i, conseqüentment, la licitud de totes les conductes de participació en aquest.

Passem ara a analitzar, una per una, les diferents indicacions previstes per l'article 417 bis del Codi Penal espanyol i quin pot ser el seu fonament.

L'erròniament anomenada "indicació mèdica o terapèutica" és la prevista al número 1r.: "Que sigui necessari per a evitar un greu perill per a la vida o salut física o psíquica de l'embarassada i així consti en un dictamen emès amb anterioritat a la intervenció per un metge de l'especialitat corresponent, diferent d'aquell qui practiqui o dirigeixi l'avortament. En cas d'urgència per risc vital per a la gestant, podrà prescindir-se del dictamen i del consentiment exprés."

No hem d'aturar-nos massa en aquesta indicació, atès que la seva fonamentació és clara: hi ha un conflicte d'interessos entre la vida i la salut de l'embarassada i la vida pre-natal o en formació, que ha de cedir davant d'aquella per expressa disposició legal.

Les altres dues indicacions troben el seu fonament en el lliure desenvolupament de la personalitat de l'embarassada, que entra en conflicte amb la vida pre-natal.

En efecte, el número 2n. de l'article 417 bis fa referència a l'errònia-

ment anomenada "indicació ètica o criminològica": "Que l'embaràs sigui conseqüència d'un fet constitutiu del delict de violació de l'article 429, sempre que l'avortament es practiqui dintre de les dotze primeres setmanes de gestació i que l'esmentat fet hagi estat denunciat."

Sobre el fonament d'aquesta indicació s'ha pronunciat expressament el Tribunal Constitucional, en Sentència d'11 d'abril de 1985: "Obligar-la (sense esmentar, la dona) a suportar les conseqüències d'un acte de tal naturalesa és manifestament inexigible; la dignitat de la dona exclou que pugui considerar-se com a simple instrument, i el consentiment necessari per a assumir qualsevol compromís o obligació cobra especial relleu en aquest cas davant un fet de tanta transcendència com el de donar vida a un nou ésser; vida que afectarà profundament la seva en tots els sentits."

Aquesta inexigibilitat a la qual fa referència el Tribunal Constitucional, convé aclarir-ho, no significa que la conducta correcta sigui la de la continuïtat de l'embaràs, sinó precisament que aquest valor ha de cedir davant la superior consideració que per a l'Ordenament Jurídic té la dignitat de la dona, és a dir, el lliure desenvolupament de la seva personalitat. Si l'Ordenament Jurídic hagués optat per obligar la dona a continuar el seu embaràs —malgrat que tal continuïtat és positivament valorada—, hauria ignorat el superior valor que té el lliure desenvolupament de la personalitat i la dignitat de la persona humana, així com que l'home —en aquest cas i de moment, específicament la dona— és un fi en si mateix, i de cap manera no pot ser considerat, com ja va dir Kant, un simple mitjà o instrument.

La vida, per altra banda, és un fenomen biològic en contínua mutació i que mereix una valoració diferent en cadascun dels seus estadis. Així, durant les dotze primeres setmanes de l'embaràs, és a dir, abans dels primers batecs del cor i de senyals vitals en el cervell mitjançant l'electroencefalograma, l'Ordenament li atorga un valor menor que el que mereix el lliure desenvolupament de la personalitat i la dignitat de la dona embarassada en cas de violació. Criticable és que el Codi Penal no hagi fet extensiu el criteri als embarassos procedents d'altres agressions a la llibertat sexual de la dona.

L'erròniament anomenada "indicació eugenèsica" és prevista al nombre 3r. de l'article 417 bis: "Que es presumeixi que el fetus haurà de néixer amb greus tares físiques o psíquiques, sempre que l'avortament es practiqui dintre de les vint-i-dues primeres setmanes de gestació, i que el dictamen, expressat amb anterioritat a la pràctica de l'avortament, sigui emès per dos especialistes de centre o establiment sanitari públic o privat, acreditat a l'efecte i diferents d'aquell qui practiqui o dirigeixi l'avortament."

Un sector de la doctrina penal espanyola ha cregut veure en aquesta indicació un vertader caràcter eugenèsic, fins al punt d'afirmar que existeix un interès estatal a impedir el naixement d'aquests éssers. Sense arribar a l'extrem de parlar d'"éssers mancats de valor vital", sí que s'ha

afirmat que les conviccions socials fan que aquestes vides siguin menys considerades com a dignes de protecció penal. L'Estat Social de Dret, s'ha dit per altra banda, té el deure de preocupar-se que tan sols neixin aquells éssers als quals pot assegurar unes mínimes condicions de benestar, ja que resulta més solidari garantir els drets dels qui naixeran que el simple dret a néixer.

L'argumentació sembla descansar en el fet que el valor atorgat a la "qualitat de vida" és superior al de la vida mateixa. No obstant això, el mateix autor Sr. Díez Ripollés, atorga a la comunitat el caràcter de subjecte passiu i, per tant, titular dels interessos protegits pel delictes d'avortament. Resulta, al meu parer, molt difícil d'acceptar que els paràmetres amb els quals es regeixi la comunitat siguin només els dels interessos del nasciturus, que, per definició, es desconeixen.

Per altra banda, tota l'argumentació conduiria inexorablement a l'avortament eugenèsic obligatori. No resulta en absolut convincent l'afirmació que la voluntat de l'embarassada "decanta la balança cap a un costat o l'altre", com si fos un interès més. La voluntat de l'embarassada és la dada absolutament decisiva, ja que aquesta és precisament la que té el dret, mai el deure, d'avortar si així ho decideix lliurement. No es tracta, doncs, que la vida pre-natal no tingui tant de valor com en el cas que les tares no existissin, sinó que es produeix un conflicte major amb el dret al lliure desenvolupament de la dona, per a la qual continuar l'embaràs pot suposar un trauma molt greu. Parir i assumir una maternitat en aquestes condicions és evidentment un fet que ha de tenir una influència molt greu en la seva vida. És natural que l'Ordenament Jurídic, en consideració al valor superior que té el lliure desenvolupament de la seva personalitat, doni a l'embarassada la possibilitat legal de triar si vol o no assumir una tasca evidentment no desitjada i que la natura, desventuradament, li ha encomanat.

Això no significa que el Dret no valori molt positivament el naixement d'aquestes criatures i la decisió, per tant, de la mare de parir-les; és, senzillament, que no considera ajustat a la superior valoració que li mereix el lliure desenvolupament de la personalitat de la dona i la seva dignitat com a persona obligar-la a continuar l'embaràs; almenys, durant les primeres vint-i-dues setmanes, és a dir, abans del començament d'una certa viabilitat extrauterina.

El mateix fonament tindria, en cas que el legislador democràtic es decidís a introduir-la, l'erròniament anomenada "indicació econòmica o social" que preveuen els Codis Penals d'altres països, com ara la República Federal d'Alemanya, que permet l'avortament en el cas que el naixement hagi de suposar un crebrant molt greu de la situació econòmica o social de la mare o els altres components de la família, així com la solució del termini que, com hem dit abans, permet qualsevol avortament practicat durant les dotze primeres setmanes de l'embaràs: aquí l'Ordenament, en cas que

s'introduís, atorgaria al lliure desenvolupament de la dona un valor superior al de la vida pre-natal de menys de dotze setmanes, en tot cas. Certament, aquesta solució té l'inconvenient de la generalització i l'avantatge de no posar en mans dels professionals de la medicina una decisió de tanta transcendència i que, de vegades, resulta contrària a la seva tasca habitual. En tot cas és, sense cap dubte, un criteri molt més segur i, per tant, més just.

No vull acabar aquesta referència a l'avortament sense unes paraules dedicades a la qüestió de l'objecció de consciència del metge quan aquest és funcionari públic i la seva actuació resulta necessària per a fer efectiu el dret a l'avortament de la dona. Convé dir que el conflicte només es produirà en casos molt extrems: quan no sigui possible recórrer a un altre metge que estigui en condicions reals de practicar l'avortament. Crec que, en aquest cas extrem, el dret al lliure desenvolupament de la personalitat del metge ha de cedir davant el de la dona, cosa que demostra que no som tampoc davant d'un dret absolut, sinó davant d'un dret que troba els seus límits en els drets dels altres.

Aquests límits, per cert, no són tan clars en altres àmbits de l'objecció de consciència, com per exemple el de l'objecció a complir el servei militar o, fins i tot, la prestació social substitutòria, perquè aquí no hi ha col·lisió entre dos béns individuals, sinó entre un i un deure genèric a contribuir als interessos estatals, que, en molts de casos, hauran de cedir, precisament davant del superior valor del lliure desenvolupament de la personalitat.

4. Recordem que aquest és el valor superior de l'Ordenament Jurídic, fonament de l'ordre polític i de la pau social, i ha d'incidir en el Dret penal, com a

a) criteri d'interpretació de les normes i de selecció dels béns jurídics objecte de protecció,

b) fonamentació de certes causes de justificació com a interès per ponderar, i

c) valor per tutelar, fins i tot positivament i directa.

Per a acabar aquesta intervenció, només manca fer públic el meu desig que la consideració de la llibertat i la dignitat personals siguin no sols els fonaments últims de l'ordre jurídic, sinó també i sobretot la nostra norma de comportament com a ciutadans i com a universitaris.

LA CONSTITUCIÓN DE 1812*

Francisco Astarloa Villena

Resumen.- La primera Constitución de España supone la culminación de la obra de las Cortes de Cádiz y la incorporación de nuestro país al proceso revolucionario iniciado en Francia que marca la transición del antiguo al Nuevo Régimen. Todo ello pese a la pretensión de sus redactores de entroncar el texto gaditano con la tradición histórica española.

I) La Transición al Nuevo Régimen, la Revolución española

Entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX se va a producir, a nivel del mundo civilizado, un formidable impacto llamado a sacudir los cimientos de la sociedad de la época. La sacudida es tan grande que en la tradicional división de periodos históricos de la humanidad se produce, a raíz de este impacto, un cambio de etapa. Comienza la Edad Contemporánea. Se trata de una auténtica Revolución, que, precisamente por su autenticidad, abarca la totalidad de los órdenes, y no simples aspectos parciales. Supone una nueva cosmovisión. Cada país se incorpora a esa Revolución de modo diferente y en momentos sucesivos. Ni la Revolución se produce en un momento determinado aunque tenga momentos estelares; ni se produce a la vez en todos los países aunque el margen no sea excesivo, si exceptuamos el caso inglés; ni en tales países se produce en un instante. La Revolución es la plasmación de un proceso que había empezado años antes en el mundo de las ideas, con el pensamiento y escritos de Montesquieu, Locke y Rousseau entre otros.

En España el proceso revolucionario puede situarse, al menos en lo inmediato, en la fecha del 19 de marzo de 1808, en que el pueblo se alborota en el Real Sitio de Aranjuez contra el ministro Godoy¹. Los sucesos posteriores desembocan en el 2 de mayo de ese año cuando se produce la sublevación popular frente a las tropas napoleónicas invasoras. Comienza así una guerra que dura seis años, respecto a la que conviene hacer dos precisiones. La primera parece obvia, pero es necesaria para entender sucesos y comportamientos posteriores. Se trata de una guerra auténtica. España permanece en conflicto armado entre 1808 y 1814. Cuando se estudia el proceso

(*) Este artículo forma parte de un libro en preparación sobre las constituciones históricas españolas.

(1) "Los protagonistas de Aranjuez son: el rey, monarca trasnochado; un dictador prematuro, Godoy, y Fernando, príncipe de Asturias, que ansiaba ceñir la corona... La coincidencia nacional pone de relieve la extensión y hondura de una conspiración que no hacía falta fuera desvelada por algún autor para que por su repercusión, se advirtiera la existencia. Por estas y otras razones no pueden calificarse los sucesos de Aranjuez como un motín". Sevilla Andrés, Diego. "Historia Política de España 1800-1973". Ed. Nacional. Madrid. 1974. Tomo I, pág. 38.

de elaboración de la Constitución de 1812 y sus primeros años de vigencia, o se repasa la obra de las Cortes de Cádiz hay que saber que el marco en que todo ello se desarrollaba era un país en guerra, con las enormes limitaciones que ello comporta. La segunda precisión hace referencia al desarrollo del conflicto armado. No se trató de un desarrollo rectilíneo, sino ondulante, con diversas alternativas, en donde la ocupación militar no suponía necesariamente el dominio efectivo del territorio ocupado. A ello hay que añadir que de estos hechos a nuestro días median casi dos siglos, y que ya en ese momento no era España una nación especialmente desarrollada. El mundo de las comunicaciones, por ejemplo, no tenía nada que ver con el de nuestro tiempo. La precariedad de la acción de gobierno por quien detentaba el poder era absoluta. Por eso cuando se estudian los primeros años del Nuevo Régimen español hay que tener presente estos datos.

A la salida de Fernando VII hacia Francia —ya como Rey, toda vez que Carlos IV abdica a raíz de los sucesos de Aranjuez— deja como órgano de gobierno una Junta Suprema a cuyo frente se encontraba su tío el infante D. Antonio de Borbón, que el 4 de Marzo se trasladó a Francia. Tanto la mencionada Junta como el Consejo de Castilla quedaron bien pronto dominados por los franceses. Producido el estallido del 2 de Mayo son unas Juntas Provinciales quienes coordinan en cada territorio la lucha contra los franceses. Pronto se forma una Junta Suprema Central —no confundirla con la antes citada organizada por Fernando VII— con el fin de aunar y coordinar la tarea de las Provinciales; coordinación de fuerzas que se hacía necesaria tanto desde el punto de vista bélico como para conseguir la ayuda inglesa. La Junta Suprema Central tendría como sucesivos lugares de reunión Aranjuez, Talavera, Trujillo, Sevilla y Cádiz, traslados forzados por la marcha de la guerra.

A poco de iniciar sus trabajos la Junta surge el dilema de convocar, o no, Cortes. Por la solución de la convocatoria se inclinan algunos miembros de la Junta encabezados por Jovellanos. Los partidarios de no convocar, puesto que al Rey correspondía hacerlo en el Régimen tradicional, se agrupaban en torno a Floridablanca. La muerte de éste hizo que los partidarios del Antiguo Régimen, que de hecho eran minoría, perdieran posiciones. La transición de un sistema a otro se aceleraba. El proceso era imparable.

Trasladada ya la Junta a Cádiz se aprobó la propuesta de uno de sus miembros, Calvo de Rozas, designando una Regencia que ejerciese la potestad ejecutiva. La Regencia comenzó a ejercer sus funciones en Enero de 1810, presidida por Pedro de Quevedo y Quintano, Obispo de Orense. La componían un total de cinco miembros. Hasta que Fernando VII regresó a España la composición de la Regencia alternó entre tres y cinco miembros.

Se convocaron las Cortes en ausencia del Rey, en Cámara única —siguiendo así el ejemplo francés tomado de Sièyes como fuente doctrinal, y apartándose del sistema de Cortes por estamentos— y con el fin, entre otros, de elaborar una Constitución —a ejemplo de lo que se había hecho en

Francia y Norteamérica— que supusiera una adaptación de los antiguas leyes fundamentales españolas.

Si revolucionaria había sido su convocatoria, no menos lo iba a ser la obra de las Cortes gaditanas. La abolición del Santo Oficio, declarado luego incompatible con la Constitución, la exención de las pruebas de nobleza para los Cuerpos Militares, la supresión de los señoríos y de los términos "vasallo" y "vasallaje", la enajenación de los propios y baldíos, la declaración de libertad de imprenta y un intento desamortizador, son prueba de lo afirmado anteriormente. Su obra cumbre iba a ser la Constitución de 1812. Pero, antes, hay que hacer referencia a otro instrumento legal en donde la transición al Régimen Nuevo quedaba perfectamente plasmada. Se trata de un Decreto de las Cortes del mismo día en que se abrieron sus sesiones: el 24 de Septiembre de 1810. En este Decreto figuraba la "declaración de la legítima constitución de las Cortes y de su soberanía; nuevo reconocimiento del Rey D. Fernando VII y anulación de su renuncia a la Corona²; división de poderes, reservándose las Cortes el legislativo; responsabilidad del ejecutivo, y habilitación de la Regencia actual, con la obligación de prestar juramento a las Cortes... inviolabilidad de los diputados"³.

Si, como señala acertadamente Sevilla Andrés, "unas Cortes con representación referida a la población, sin mandato imperativo, votando individualmente, como representantes de la Nación, significa el fin del Antiguo Régimen... el Decreto de 24 de septiembre de 1810, consecuencia lógica de todo el proceso anterior, culmina la obra revolucionaria, la legaliza"⁴.

II) Antecedentes históricos

1) La Constitución de Bayona

Pero no hay que olvidar que España era un país en guerra. Mientras en Cádiz se fraguaba el ingreso de España al Nuevo Régimen, a la Edad Contemporánea, parte del territorio nacional estaba ocupado por los franceses, que pretendían también la construcción de un Estado en la parte por ellos ocupada. Su intento fundamental se había producido el 8 de julio de 1808 por medio de la Constitución otorgada en la población vascofrancesa de Bayona por José Bonaparte, autoproclamado Rey de España. Aunque de ningún modo puede considerarse como la primera constitución española no es superfluo dedicarle un muy breve estudio..

Constaba el citado texto de 146 artículos agrupados en 13 títulos. El propio Preámbulo calificaba a la Constitución expresamente como "base del pacto que une a nuestros pueblos con Nos, y a Nos con nuestros pue-

(2) Había renunciado cuando, en Francia, Carlos IV aseguró que su abdicación fue forzada en Aranjuez.

(3) Sevilla Andrés, Diego "Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España". Ed. Nacional. Madrid. 1969. Tomo I, pág. 91.

(4) Id. "Historia política..." págs. 56 y 58.

blos". No obstante no se trata técnicamente de una Constitución pactada, sino otorgada.

El texto de Bonaparte no tiene comparación posible con el que se aprobaría en Cádiz en 1812. El español resultó mucho más avanzado, con todas las ventajas e inconvenientes que tal calificativo comporta. El Senado del texto de Bayona lo componían los infantes de España mayores de 18 años y 24 senadores nombrados por el Rey de entre ministros, embajadores, capitanes generales y Consejeros de Estado o del Consejo Real. Las Cortes, o Juntas de la Nación, estaban formadas por los estamentos del Antiguo Régimen: clero, nobleza y pueblo. Entre ambas Cámaras el texto de Bayona situaba un Consejo de Estado, presidido por el Rey, teniendo, entre otras competencias la preparación de los proyectos de ley y la resolución de los conflictos de jurisdicción, teniendo en todo ello voto consultivo. Por lo demás el centro de la vida política era el Rey figurando los restantes órganos constitucionales a modo de ropaje de un poder regio con bastantes residuos del absolutismo anterior.

No se trata aquí de hacer ni tan siquiera un juicio breve sobre el texto de Bayona, dado que no se trata de una Constitución española⁵. Tampoco parece útil especular sobre cuál hubiera sido el camino político español de haber estado vigente el texto bonapartista. Baste aquí decir que suponía la introducción en España del sistema constitucional, marcando así más formal que materialmente la transición al Régimen Nuevo. Su posible influencia en el constitucionalismo español inmediatamente posterior también hay que buscarla más en lo formal que en lo material: quienes eran contrarios a la entrada de Napoleón en España pronto buscarían —en cuanto las circunstancias lo permitieran— hacer "su" constitución, la primera de los españoles.

2) El proceso constituyente

Se ha dicho en párrafo anterior que la obra principal de las Cortes gaditanas fue la Constitución de 1812. Su elaboración fue, ciertamente, su principal objetivo. Para ello en diciembre de 1810 se formó la Comisión en el seno de la Cámara encargada de preparar el proyecto constitucional. Presidía la Comisión el liberal Diego Muñoz Torreo y formaban parte de la misma siete diputados de tendencia realista, seis —incluido el Presidente— de tendencia liberal —entre ellos Argüelles— y un independiente. Un total de cinco clérigos formaban parte de la Comisión, de ellos tres en el bando liberal, incluido el Presidente, y los otros dos en el realista.

En marzo de 1811 dio comienzo la Comisión su trabajo⁶. A mediados de agosto de ese año la comisión probaba los cuatro primeros títulos del proyecto constitucional, así como la parte correspondiente al Discurso Pre-

(5) Para un conocimiento más profundo de la constitución de 1808 (de Bayona) puede verse: Sanz Cid, Carlos. "La Constitución de Bayona". Ed. Reus. Madrid. 1922.

(6) Es decisiva sobre este punto la obra dirigida por Suárez Verdaguier, Federico. "Actos de la Comisión de Constitución, 1811-1813". Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1976.

liminar de presentación del Proyecto, Discurso al que más tarde se hará referencia extensa. El 18 de ese mes Pérez de Castro leía en sesión pública de las Cortes la parte del Proyecto aprobada en Comisión, mientras Argüelles lo hacía de la correlativa parte del Discurso Preliminar.

A primeros de noviembre de 1811 la Comisión aprobaba el Título V, correspondiente a la Justicia, así como la parte de Discurso Preliminar correlativa. El día 6 de ese mes y año se daba lectura pública a lo anterior.

Por último, el 26 de diciembre de ese año se leían los títulos VI a X del Proyecto Constitucional, así como el correspondiente fragmento del Discurso Preliminar, que habían sido aprobados dos días antes por la Comisión.

El 23 de Enero de 1812 terminó de debatirse el Proyecto constitucional. Un Decreto de la Regencia, de 8 de marzo, aprobando el texto constitucional, disponía que fuera firmado por todos los diputados, y que la Constitución se imprimiera y publicara. En la misma fecha otro Decreto de la Regencia señalaba las solemnidades para la jura de la Constitución, fijando la fecha de 19 de marzo para dicho evento, por considerarse aniversario del acceso al Trono de Fernando VII. De ahí que la fecha que se atribuye a la Constitución sea la de ese día de marzo, festividad de San José, y de ahí el sobrenombre con que fue conocida, así como el grito popular y célebre ya con el que fue acogida "viva la Pepa".

Opinión General era hasta hace poco tiempo que la Constitución había sido redactada por la Comisión correspondiente. Sin embargo, desde que en 1976 el profesor Suárez Verdguer dirigió un importante estudio colectivo sobre las Actas de la citada Comisión, de cuyo trabajo hasta entonces poco se sabía, ha surgido la posibilidad avalada documentalmente, de que la Comisión trabajara sobre la base de la existencia de un Proyecto anterior, obra de la Junta de Legislación creada en 1809 para la reforma de los textos legales. Para María Cristina Diz Lois, discípula de Suárez Verdguer, la tarea de la comisión se centró en estudiar y discutir el Proyecto presentado por la Junta. Al parecer la persona clave que actuó de enlace ente la Junta —ya disuelta para entonces— y la Comisión fue Antonio Ranz Romanillos, quien aportó a la Comisión los trabajos que la Junta había elaborado en su momento. Ranz había tenido una notable actuación en la mencionada Junta⁷.

Pieza clave para entender la Constitución es el Discurso Preliminar —redactado por Argüelles— destinado a servir de introducción razonada a la obra de la Comisión plasmada en el Proyecto. Pero en el caso de la Constitución de 1812 no se trata de una simple exposición de motivos aclaratoria de la "ratio legis". Su importancia va más allá.

"El Discurso Preliminar es una de las piezas más sobresalientes de

(7) Diz-Lois, M. Cristina. "Estudio Preliminar" en la obra dirigida por Suárez Verdguer, anteriormente citada, págs. 51 y ss.

la literatura jurídico-política española, y sea cualquiera la opinión que de la lectura se extraiga, es imposible minimizar el valor extraordinario, la cuidadosa erudición que aporta para justificar el giro violento que supone, en gran medida, la Constitución de Cádiz. Esta obra de transición tiene en el Discurso su mejor panegírico⁸.

Posiblemente sea el Discurso Preliminar uno de los textos que mejor expliquen el tránsito español del Antiguo al Nuevo Régimen. Cuando se detalle el estudio del texto gaditano en párrafos sucesivos habrá que hacer frecuente referencia al Discurso. Su importancia queda aquí señalada.

III) Los principios caracterizadores de la primera Constitución española

1) Entronque con la tradición histórica española

Pretensión reiteradamente expresada en el Discurso Preliminar era la presentación del texto Gaditano como continuador de nuestra tradición legislativa anterior a la llegada de las dinastías extranjeras a quienes se atribuía la ruptura de la organización política y de las libertades públicas existentes en España.

"Nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española, sino que se mire por donde se mire como nuevo el método con que ha distribuido las materias, ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de la ley fundamental y constitutiva... La Comisión, Señor, hubiera deseado que la urgencia con que se ha dedicado a su trabajo, la noble impaciencia del público por verle concluido, y la falta de auxilios literarios en que se ha hallado, le hubiesen permitido dar a esta obra la última mano que necesitaba para captar la benevolencia del Congreso y la nueva voluntad de la Nación, presentando en esta introducción todos los comprobantes que en nuestros códigos demuestran haberse conocido y usado en España cuanto comprende el presente proyecto. Este trabajo, aunque improbo y difícil, hubiera justificado a la Comisión de la nota de novadora en el concepto de aquellos que, poco versados en la historia y legislación antigua de España, creerán tal vez tomado de naciones extrañas, o introducido por el prurito de la reforma, todo lo que no ha estado en uso de algunos siglos a esta parte, o lo que se oponga al sistema de gobierno adoptado entre nosotros después de la Guerra de Sucesión"⁹.

Tal pretensión aparece también consagrada en el propio Preámbulo del texto constitucional: "... las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas precauciones, que aseguren de un

(8) Sevilla Andrés, Diego. "Historia Política... op.cit. Tomo I, pág. 67.

(9) Las referencias al Discurso Preliminar y al texto de la Constitución están tomados de Sevilla Andrés, Diego "Constituciones y otras leyes..." op. cit. tomo I, págs. 115 y ss.

modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llevar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación".

Se trataba, por tanto, de presentar la Constitución como algo formalmente nuevo, pero con un contenido basado en la tradición histórica española. ¿Hasta qué punto era esto posible y en qué medida se consiguió?. Aunque la respuesta pueda parecer excesivamente simple la conclusión a la que cabe llegar es que no se consiguió porque no era posible. El trasvase de instituciones y leyes a situaciones físicas o temporales distintas a aquellas en que se signaron es prácticamente tarea inútil y de dudosa oportunidad. Cuando en párrafos posteriores se examine los principios que informan el texto gaditano se verá que son consecuencia del momento histórico en que se produjo sin posible enraizamiento en instituciones o leyes pretéritas. Tomás Villarroya afirma a este respecto: "El sistema de gobierno y de libertad, establecidos por la Constitución, no fijaba sus raíces en las instituciones medievales, sino en las nuevas doctrinas que aparecieron o cristalizaron en la Revolución francesa"¹⁰. Sevilla Andrés habla de "tradicionalidad revolucionaria" y de "transición en cuanto al tiempo y de transición por la forma en que se consiguió el resultado"¹¹.

Es cierto el divorcio existente entre la vida política —en donde sólo participaba una minoría— y la realidad de las clases populares, desconcertadas de la clase política. Pero tal situación no va a ser ni mucho menos exclusiva del periodo histórico que ahora referimos, ni tan siquiera va a ser entonces cuando esa desconexión sea más profunda. Transcurrirán casi cien años más y Antonio Maura va a intentar acomodar la España "oficial" a la España "real". Es más, en el periodo histórico al que ahora nos referimos las clases populares van a acoger con cierto entusiasmo las reformas elaboradas en Cádiz. La común lucha contra los franceses, el respeto —al menos formal— hacia la religión y el acatamiento al Rey Fernando VII aún llamado por el pueblo "el deseado"— van a ser elementos aglutinadores de los españoles. Los problemas vendrán más tarde, al regreso del Rey, quien con sus vacilaciones hará que se desintegre la unión nacida en la guerra frente a los franceses. Fernando se irá enfrentando con todos a lo largo de su reinado.

Aquí interesa recalcar que la obsesión de los constituyentes gaditanos, reiteradamente expuesta en el Discurso Preliminar, de recoger en el texto constitucional las antiguas libertades históricas españolas no pasó de ser una tarjeta de presentación de cara al pueblo y a los sectores políticos más distantes de la Revolución y sus principios. La Constitución fue —lógicamente— fruto de su época, y en las doctrinas imperantes en el momento hay que buscar sus fuentes. La soberanía nacional, inspirándose en Sièyes,

(10) Tomás Villarroya, Joaquín. "Breve Historia del Constitucionalismo Español". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983, pág. 17.

(11) en "Historia Política..." op. cit. tomo I, pág. 79.

la división de poderes, en Montesquieu y Locke, los principios de igualdad y libertad, nervios informadores de los textos constitucionales norteamericano y francés, son sobre todo, las bases en que se apoya nuestro primer texto constitucional.

Respecto a la influencia que el texto francés de 1791 ejerció sobre el nuestro que ahora se estudia, baste aquí hacer somera referencia a lo que, hasta hace relativamente pocos años, se consideró como indudable, en base, entre otros, a los trabajos del Padre Vélez y Rico Amat, que sostenían la influencia enorme que había ejercido el texto francés. Más tarde, Sevilla Andrés y Artola, matizaron esa afirmación¹². Por supuesto que tal influencia existió, pero no en la medida que se venía afirmando, como se irá refiriendo al caracterizar la Constitución española.

2) Longitud

Los 384 artículos en que se vértebra la Constitución de 1812 dan fe de su enorme longitud. Es el texto más largo, y con diferencia notable, de nuestra historia constitucional; lo que, a su vez, provoca que el estudio del mismo suela ocupar más tiempo y espacio que el dedicado a los demás textos españoles. Entre otros motivos, pueden darse dos como fundamentales, para justificar y explicar tamaña longitud del Código gaditano.

El primero nos enfrenta con la elemental consideración de que se trata de nuestra primera Constitución. Y ese carácter primerizo, carente por tanto de cualquier tipo de experiencia previa, hizo que tal bisonñez se vertiera en el propio texto.

El segundo motivo está, en el caso que nos ocupa, en conexión con el primero. Las Constituciones que son consecuencia de un proceso revolucionario suelen ser extensas por la preocupación del triunfador de constitucionalizar incluso los principios más nimios que han formado parte del bagaje revolucionario.

Nuestra Constitución de 1812 recoge ambos motivos. Primer texto constitucional español y fruto de un proceso revolucionario que liquida la vigencia del Antiguo Régimen, su formulación debía, lógicamente, producirse con una enorme extensión.

Esa minuciosidad se produce, quizá de modo más explícito en el Título III, al consagrar el texto constitucional preceptos que hoy nos pueden resultar chocantes en extremo, bien por sí mismos, o bien porque, en tal caso, serían más propios de una ley electoral. Tal es el caso, a modo de ejemplo, del artículo 47, que se destina a detallar el procedimiento de elección de los miembros de la Junta electoral de cada parroquia: "Llegada la hora de la reunión, que se hará en las casas consistoriales, o en el lugar donde lo tengan de costumbre, hallándose juntos los ciudadanos que hayan concurrido, pasarán a la parroquia con su presidente, y en ella se celebrará una misa solemne del Espíritu Santo por el cura párroco, quien hará un discurso co-

(12) Artola, Miguel. "Los orígenes de la España contemporánea. Madrid, 1959.

rrespondiente a las circunstancias". Al igual que éste citado otros muchos ejemplos ayudan a explicar la extensión de la Constitución de 1812.

"Acaso — como afirma el profesor Pérez Serrano — podría sostenerse que el constitucionalismo incipiente produjo Constituciones voluminosas, por el afán de innovarlo todo, por la necesidad de desmontar *ab initio* la estructura del Estado y por la creencia ingenua de las virtudes de la norma-ción"¹³.

En esta misma línea de argumentación, el profesor Tomás Villarroya ha indicado que "la minuciosidad ofrecía inconvenientes inmediatamente perceptibles; se mezclaban principios fundamentales y preceptos secundarios; se constitucionalizaban materias que debieran haberse regulado por leyes ordinarias o disposiciones subalternas; se confería fijeza constitucional a temas que, como el sistema electoral son de suyo variables y, generalmente, necesitados de reformas y correcciones tan pronto se ha hecho la primera aplicación práctica de ellos"¹⁴.

3) Rigidez

El Título X — y último — del texto constitucional de 1812 estaba destinado a cuidar de "la observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella". Además de establecer como obligatorio el juramento de guardar la Constitución, ser fiel al Rey y desempeñar debidamente el encargo de acceder a cargos públicos civiles, militares y eclesiásticos se atribuía como derecho de todo español el "representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución". Además un curioso precepto — artículo 372 — ordenaba a las Cortes que en sus primeras sesiones tomaran "en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella".

Al procedimiento de reforma dedicaba la Constitución gran parte de ese último Título, concretamente a partir del artículo 375, el cual ya señalaba una primera limitación a la posibilidad de reforma: hasta transcurridos ocho años después de que la Constitución estuviera vigente en su totalidad "no se podrá proponer alteración, adición ni reforma en ninguno de sus artículos".

Tan importante limitación no era la única a la hora de proceder a la reforma constitucional. La propuesta de reforma debía hacerse por escrito apoyado y firmado, al menos, por veinte diputados. A continuación se procedía a una triple lectura, con intervalo de seis días entre una y otra, de la propuesta. Tras la tercera lectura se deliberaría si había lugar a admitirla a discusión. Admitida ésta se procedía con las mismas formalidades y trámites que los previstos para la elaboración de leyes ordinarias. El trámite

(13) Pérez Serrano, Nicolás. "Tratado de Derecho Político". Cívitas, S.A. Madrid. 1976, pág. 456.

(14) Tomás Villarroya, Joaquín. "Breve Historia..." op. cit. pág. 13.

siguiente era la votación por mayoría favorable de dos tercios para que la propuesta de reforma fuera tratada de nuevo en las Cortes siguientes. Estos, con idénticos trámites y la misma mayoría de dos tercios, podrían acordar el otorgamiento de poderes especiales a Cortes posteriores —podrán no ser las inmediatamente posteriores— para hacer la reforma. Estas "terceras" Cortes decidirían —también por mayoría de dos tercios— la aprobación de la reforma, tras idénticos trámites procedimentales.

Tal cúmulo de precauciones destinadas a otorgar estabilidad al texto constitucional no sirvió de nada. Su vigencia, como luego se podrá comprobar, estuvo a remolque de las vacilaciones del Rey y de los acontecimientos políticos. El optimismo juridizante de sus autores sufriría así un durísimo golpe, demostrando de esa manera cómo la realidad tira por la borda todo lo que no se amolde a ella. Hermosas construcciones jurídicas, frenos racionales al poder incontrolado, barreras protectoras de la libertad quedan arrasadas por el aluvión irresistible de la fuerza de los hechos. Nuestra historia constitucional —como la de tantas otras Naciones— está plagada de ejemplos que avalan el aserto anterior. Por mucho que como juristas podamos lamentarlo no por ello podemos ignorarlo.

4) La soberanía nacional

Uno de los puntos esenciales del tránsito del Antiguo al Nuevo Régimen operado por la Revolución francesa es la traslación de la soberanía del Rey a la Nación. En España la primera formulación legal de dicho traslado se produce en el trascendental Decreto de las Cortes de Cádiz de 24 de septiembre de 1810, ya citado anteriormente. "Los Diputados que componen este Congreso, y que representan la Nación española, se declaran legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias, y que reside en ellas la soberanía nacional".

En el Discurso Preliminar se explica que la Comisión dividía la Constitución en cuatro partes "para darle toda la claridad y exactitud que requiere". "La primera parte comienza declarando a la Nación española libre y soberana, no sólo para que en ningún tiempo y bajo ningún pretexto puedan suscitarse dudas, alegarse pretensiones ni otros subterfugios que comprometan su seguridad e independencia... sino también para que los españoles tengan constantemente a la vista el testimonio angosto de su grandeza y dignidad, en que poder leer a un mismo tiempo el solemne catálogo de sus fueros y de sus obligaciones sin necesidad de expositores ni intérpretes".

El artículo 3 establecía que "la soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales". Se suprimió un inciso final que figuraba en el Proyecto y que añadía como derecho de la Nación "y de adoptar la forma de gobierno que más le convenga".

Fue, finalmente, este artículo uno de los más debatidos al elaborar

nuestro primer texto constitucional. Se afirma habitualmente, y ello resulta evidente, que la discusión del tema de la soberanía destapó la división de la Cámara gaditana en dos grandes bloques los realistas, cercanos al Régimen antiguo y los constitucionalistas —también llamados liberales o afrancesados— partidarios del nuevo orden de cosas. La distinción requiere un matiz necesario: es cierto el triunfo de la tesis de la soberanía nacional, clave de la Revolución francesa, ideologizada en este punto, fundamentalmente, por el abate Sièyes; pero no es menos cierto que la Revolución francesa fue una revolución sin rey —contra el Rey podría decirse— mientras la Revolución española se hizo ausente el Rey, pero respetándolo. Incluso de algún modo cabría decir que se hizo con el Rey, a su favor. Todavía a Fernando VII se le denominaba "el deseado". Prueba de lo dicho es la supresión del inciso final del artículo 3 tal como figuraba en el Proyecto, supresión referida anteriormente, y que se produjo por 87 votos contra 63.

También la posición realista requiere aclaración. Es cierto que ese sector miró con profundo recelo el nuevo orden de cosas. Ahí está, a modo de ejemplo, el discurso del Obispo Aguniano en la discusión de la soberanía. Pero no es también menos cierto —y más tarde se insistirá en este dato— que los diputados realistas que suscribieron el Manifiesto de "los Persas" tras criticar las Cortes gaditanas y el despojo de la soberanía regia manifestaban, a través del citado manifiesto, la necesidad de celebrar unas Cortes especiales con arreglo a las antiguas libertades y leyes, la obligatoriedad por parte del Monarca de respetar leyes y costumbres del Reino y caracterizaban como esencial a la voluntad popular en el funcionamiento de las Cortes. Ello lleva a Sevilla Andrés a afirmar respecto del Manifiesto: "Su examen, por superficial que sea, ofrece matices peculiares muy de la época capaces de mantener un reformismo menos alejado del liberalismo de lo que pudiera suponerse"¹⁵.

A propósito de la actitud del Rey sobre el Manifiesto afirma Ferrando Badía: "El Rey, a pesar de las insinuaciones del capitán general don Francisco Javier Elío en fecha del 17 de abril de 1814 y del Manifiesto de los Persas, no ordenó de golpe la disolución de las Cortes ni abolió, sin embargo, la Constitución, sino que encomendó a don Juan Pérez Villamil y a don Pedro Gómez Labrador la redacción de un decreto en el que se consumaba ambas cosas hipócritamente y se ofrecía la reunión de nuevas Cortes... El Decreto ... exponía un programa de gobierno según el cual el Rey prometía gobernar con las Cortes, garantizar la libertad individual y leyes justas, la libertad de imprenta dentro de los límites razonables que impidiesen la licencia y la irresponsabilidad"¹⁶.

La formulación de la soberanía provocará en las Cortes gaditanas la

(15) en "Historia Política" op. cit. Tomo I, págs. 84-85.

(16) Ferrando Badía, Juan. "Vicisitudes e influencias de la Constitución de 1812" en Revista de Estudios Políticos, núm. 126 Dicho número está dedicado monográficamente al primer texto constitucional español.

aparición de las facciones constitucional y realista, más tarde será el punto de discordia entre los partidos progresista y moderado. Y en el fondo de la evolución constitucional española aparecerá como el péndulo que va marcando un extremo y otro de las diversas constituciones: 1812, 1837, 1869 y 1978 obedecerán al principio de soberanía nacional; 1834, 1845 y 1876 se decantarán por la soberanía compartida entre Rey y Cortes. De la soberanía regia del Antiguo Régimen nadie va a hacer bandera tras la muerte de Fernando VII en 1833.

5) La representación nacional

Lógica consecuencia de la adopción del principio de soberanía nacional fue la proclamación de que los diputados representaban a la Nación como tal, en su totalidad, y no a los estamentos -clero, nobleza y burguesía- tal como sucedía en el sistema anterior a la Revolución francesa. En efecto, la ordenación estamental y la sujeción de los diputados al mandato imperativo recibido de los propios estamentos eran la clave de la representación del Antiguo Régimen, y con ambos va a terminar la Revolución Francesa.

Al salir de España Fernando VII, con el consiguiente vacío de poder, la Junta Central y el Consejo de Castilla se enfrentaban, entre otros motivos, a propósito de la convocatoria de Cortes. Como es sabido la soberanía acabó cayendo del lado de la Junta que fue quien, a la postre, prevaleció. Incluso el propio Consejo acabó cediendo en este punto, y las divergencias que en el propia Junta existieron a este propósito, y a los que ya se ha hecho anterior referencia, fueron superados por los partidarios de tal convocatoria. El propio Fernando VII dictó una convocatoria que no tuvo repercusión práctica. Establecida la Regencia en enero de 1810¹⁷ bajo la presidencia del Obispo de Orense, Pedro Quevedo y Quintano, ésta convocó Cortes. La discusión sobre si la convocatoria debía hacerse, o no, conforme a los principios de la representación estamental fue zanjada por un Decreto de la Regencia de 20 de septiembre de 1810. En él se decía que "uno de los puntos más esenciales que exigían una meditada determinación... era el de la convocatoria de los brazos del clero y nobleza específicamente". Se detallaban las consultas evacuadas antes de tomar la decisión: Consejo de España, Fiscales, Consejo de Estado en dos sesiones continuas, y Ministros y particulares. "Y, por fin, enterado ya de cuanto podría apetecerse, ha resuelto el que no obstante lo decretado por la Junta Central sobre la convocación de los brazos de la Nobleza y Clero a las próximas Cortes¹⁸, deliberación que necesariamente había de causar considerables dilaciones, cuando, por otra parte, se hallan personas de uno y otro estado entre los Procuradores nombrados en las provincias, que sin necesidad de especial convocatoria de los

(17) En Sevilla Andrés, Diego. "Constituciones y otras leyes..." op. cit. tomo I, pág. 89.

(18) Se refiere al Decreto de la Junta de 19 de enero de 1810 que convocaba Cortes para el 1 de marzo siguiente de acuerdo con los criterios estamentales a tenor del artículo 2.

Estados, se haga la instalación de las Cortes, sin perjuicio de los derechos y prerrogativas de la nobleza y clero".

De las discusiones y pasiones que hubieran de producirse para que la Regencia mudara el parecer de la Junta Central e hiciera la convocatoria obviando los estamentos da idea Fernández Almagro: "Tras demoras e incidencias varias, y bajo presiones que se hicieron presentes en la gestión, aparte otros, del Conde de Toreno, el 18 de julio de 1810 la Regencia pronunció su última y definitiva palabra acerca de la reunión de las Cortes sin separación de estamentos. El 24 de septiembre inauguraron sus tareas, en la isla de León, con la pompa de un desfile y la solemnidad de un tedéum. Se iniciaba una nueva época en la historia de España."¹⁹

Ciertamente éste era el dato importante: a partir del 20 de septiembre de 1810 desaparecían las Cortes estamentales propias del Antiguo Régimen, y, por ende, el mandato imperativo que ligaba hasta ese momento a los diputados con su estamento. En el Discurso Preliminar se hacía referencia a que el tema se había meditado "con toda reflexión y prolijidad". Y, en una difícil pirueta, se trataba de explicar que las Cortes no estamentales enlazaban con la tradición histórica española teniendo en cuenta que "por mucho que se indague y se registre, no se hallarán sino pruebas de que la asistencia de los brazos de las Cortes de la Nación era puramente una costumbre de incierto origen, que no estaba sujeta a regla alguna fija y conocida".

Los artículos 27 y 100 del texto constitucional gaditano plasman esta importante manifestación del tránsito de un Régimen a otro. En ambos se repite la misma idea. Así, el primero de los artículos citados dice: "Las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan a la Nación..." y en un inciso del artículo 100 se reitera que los diputados elegidos por cada provincia se les otorgará "poderes amplios a todos juntos, y a cada uno de por sí, para cumplir y desempeñar las angostas funciones de su encargo, y para que con los demás diputados de Cortes, como representantes de la Nación española puedan acordar y resolver cuanto entendieran conducente al bien general de ella".

Así quedaba plasmado en nuestra primera Constitución, y así quedaría recogido por todas las siguientes. La representación por brazos o estamentos y el mandato imperativo quedaban para la Historia. España se incorpora al Nuevo Régimen.

6) Defensa de la Monarquía

Como ya se ha señalado anteriormente la Monarquía no va a ser cuestionada en nuestra primera Constitución ni el proceso político que en ella desemboca. Al contrario, la Constitución es publicada por la Regencia en nombre del, todavía ausente, Rey Fernando VII. En todo el proceso de

(19) Fernández Almagro, Melchor. "Del Antiguo Régimen a las Cortes de Cádiz" en Revista de Estudios Políticos, núm. 126.

transición del Antiguo Régimen a otro en España la bandera monárquica no va a ser controvertida. Es evidente que el Rey de la Constitución de 1812 no va a ser el mismo que el anterior a la Revolución. Las cosas han cambiado y la institución monárquica no va a quedar al margen del flujo renovador, pero entre los elementos propios de nuestra Constitución de 1812, y que la diferencia totalmente en este punto de su coetánea francesa, está la indiscutida aceptación de la Monarquía. Por eso este dato se ha de configurar como caracterizados del texto gaditano.

A este propósito señala Tomás Villaroya "la Constitución se elaboró *sin* participación del Rey; pero no *frente* o *contra* un Rey por cuya libertad combatía la Nación".²⁰

La figura del Rey como órgano constitucional será estudiada en su correspondiente lugar. Baste aquí y ahora citar un par de datos para corroborar lo apuntado anteriormente: el que en la Constitución gaditana saliera triunfante la Monarquía no quiere decir que la institución monárquica no quedara afectada por el advenimiento del Nuevo Régimen.

Del hecho de que las cosas habían cambiado da idea el propia Preámbulo de la Constitución. Esta se promulga en nombre del Monarca, ausente y cautivo, pero Fernando VII no es ya Rey sólo "por la gracia de Dios" — fórmula del anterior orden de cosas — sino "por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española" a tenor de la fórmula literal empleada por el Preámbulo.

El segundo dato es más formal pero no por ello menos expresivo. Se trata de la simple ordenación de los títulos. El dedicado a las Cortes — por otro lado el más largo del texto constitucional — es el Título III, mientras que el dedicado al Rey es el IV. Tal precedencia no es sólo algo meramente formal, sino exteriorización de una dignidad mayor del órgano que representa al nuevo depositario de la soberanía: la Nación.

Hechas estas matizaciones queda recordar que la Monarquía salió triunfante de la Revolución española. Y no iba a ser la única vez que así fuera. Como bien recordaba Sevilla Andrés, la institución monárquica salió triunfadora en los grandes momentos constituyentes de España: 1812 y 1868. A ellos había que añadir la fecha de 1975. El que ocurriera lo contrario en 1931, al advenir la II República, no empece la afirmación anterior. En su momento habrá que recordar que tal advenimiento se produjo fruto de un proceso de descomposición total de los partidos monárquicos y de desgaste del titular del Trono tras el Gobierno de Primo de Rivera acompañado de un cúmulo de circunstancias que no es aquí momento ni ocasión de anticipar.

Al regresar Fernando VII a España vendrían también sus dudas y torpezas — más que sus maldades, de las que determinada historiografía ha hecho leyenda negra — y su incapacidad para asimilar el nuevo orden de co-

(20) Tomás Villaroya, Joaquín. "Breve Historia... op. cit. pág. 13.

sas que le acabó enfrentando con unos y con otros, como más tarde se hará referencia.

7) Religiosidad

El sentimiento religioso caracteriza también a nuestro primer texto constitucional, aproximándolo más en este aspecto al ambiente de la Revolución norteamericana, bien influida por la fuga de los puritanos ingleses a las colonias, que al contexto revolucionario francés y a su Constitución de 1791. Tal sentimiento era reflejo del de la mayoría de los españoles y de los propios diputados.

No hay que olvidar que, aunque las fuentes discrepan respecto al número exacto, el clero podía suponer en torno a la tercera parte de los diputados de las Cortes de Cádiz. Si el sentimiento religioso plasmado en la Constitución fue o no aceptado con agrado por los sectores más radicales del liberalismo —tal como Argüelles pareció afirmar años más tarde— es algo que tiene su interés pero que aquí no hace al caso detenerse en su examen.

El hecho es que el texto gaditano se aparta bien claramente en este punto de la doctrina roussoniana del pacto social como origen de la sociedad y fuente de poder. Y así el Preámbulo contiene una invocación a la Trinidad: "En el nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad".

Y en la discusión del articulado fue reformada la redacción del Proyecto —"La Nación española profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana, única verdadera, con exclusión de cualquiera otra"— por otra más radical aún que se plasmó en definitiva en el artículo 12 de la Constitución: "La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra."

Más con todo no queda ahí la plasmación del sentimiento religioso en nuestro texto de 1812. Y así, a guisa de ejemplo pueden citarse otras manifestaciones: los artículos 47, 71 y 86 mandaban dar comienzo a las reuniones electorales de parroquia, partido y provincia —respectivamente— con una Misa del Espíritu Santo celebrada por el párroco, o el Obispo, o el eclesiástico de más dignidad presente.

El artículo 117 prescribía que los diputados debían jurar "defender y conservar la religión católica... sin admitir otra alguna en el reino". Fórmula prácticamente idéntica se observaba en el juramento del Rey, a tenor de lo previsto en el artículo 173. Y para terminar esta muestra baste reflejar aquí el artículo 366, primero de los que se agrupan en el Título IX dedicado a la Instrucción Pública: "En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en los que se enseñará a los niños a leer, escribir y cantar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles."

Es cierto que el fenómeno religioso iba a ser uno de los permanentes caballos de batalla del constitucionalismo español posterior, así como también es verdad que ese sentimiento expresado a tenor literal por nuestra primera Constitución fue compatible con tímidas medidas secularizadoras o desamortizadoras de bienes eclesiásticos amagadas por la Cámara gaditana. Pero también es verdad que, como señala Fernández Segado, "no serían las prescripciones constitucionales del texto del 12 las que habrían de provocar una cuestión religiosa".²¹

8) División de poderes

La Constitución de 1812 recoge en sus artículos 15, 16 y 17 el principio de la división de poderes, aunque para ser más precisos no se refiere a "poder" sino a "potestad". El primero de los citados artículos establece que "la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey". El artículo 16 prescribe que "la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey". Y el artículo 17 establece que "la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por ley".

Todo ello suponía la aceptación de la doctrina perfeccionada por Montesquieu, de quien Locke, entre otros, era precedente en este punto. Tal doctrina suponía que a funciones diferentes en el Estado (los tres conocidos) deben corresponder órganos diferentes, evitándose así concentraciones de poder en un órgano..., lo que iría en detrimento de la libertad individual. Tal principio, verdadero sillar del Estado contemporáneo, iba a ser adoptado por todas las primeras constituciones. La gaditana no iba a ser una excepción, y, al igual que había ocurrido en 1787 en los Estados Unidos de Norteamérica y en 1791 en Francia, recogió la tesis de Montesquieu en su articulado. No en vano la división de poderes —aunque Montesquieu empleó la palabra francesa *puissance*— iba a ser uno de los postulados del Régimen Nuevo.

Como antes ya se ha apuntado el Decreto de las Cortes de 24 de septiembre de 1810 incorporaba a los postulados de la Revolución española el principio de Montesquieu. El Discurso Preliminar de la Constitución decía que: "Del examen de estas tres distintas operaciones, y no de ninguna otra idea metafísica ha nacido la distribución que han hecho los políticos de la autoridad soberana de una nación, dividiendo su ejercicio en potestad legislativa, ejecutiva y judicial. La experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad y por lo mismo justicia ni prosperidad en un Estado en donde el ejercicio de toda la autoridad esté reunido en una sola mano. Su separación es indispensable".

No cabe pensar, por último, que la constitucionalización del principio de la división de poderes que el texto gaditano realiza se hace con criterios similares a los de nuestros días. Al igual que ocurriera con sus predecesores

(21) Fernández Segado, Francisco. "Las constituciones históricas españolas". Ediciones ICai. Madrid. 1982, pág. 99.

ras en Norteamérica y Francia nuestra Constitución de 1812 no crea un sistema de relaciones interorgánicas. Era lógico que las primeras constituciones trataran de adoptar el criterio de Montesquieu del modo más monolítico y estricto posible. Más tarde, cuando el sistema de rígida separación de poderes se comprobó inviable, la doctrina se flexibilizó en la práctica, y así fue recogido en las posteriores constituciones de España.

9) Los derechos individuales

Al igual que su predecesora en Norteamérica, la Constitución de 1812 no contiene una enumeración sistemática de derechos y libertades, tal como posteriormente va a suceder con los textos constitucionales. El reconocimiento de esos derechos aparece disperso a lo largo del texto constitucional, y en ocasiones, de modo implícito. El artículo 4 constituye una declaración programática: "La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.

Citamos, a modo de ejemplo, algunos artículos que consagran derechos y libertades. El 22 por el que se posibilita a los españoles originarios de Africa a obtener carta de ciudadanía. El artículo 26 limita las posibilidades de restringir derechos de los ciudadanos. El extenso Título tercero, sobre las Cortes, supone el ejercicio del derecho electoral activo por parte de todos los ciudadanos. En el artículo 247, dentro del Título V, de los Tribunales y de la Administración de Justicia, se establece que "ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el Tribunal competente determinado con anterioridad por la Ley". La unidad de fuero, con la excepción de eclesiásticas y militares, se consagra en el artículo 248 y la de códigos en el artículo 258. La igualdad fiscal se establece en el artículo 339, al decir que "las contribuciones se repartirán entre todos los españoles con proporción a sus facultades, sin excepción ni privilegio alguno". La igualdad ante el derecho a la educación se recoge en el artículo 366, ya citado a propósito del factor religioso en la Constitución. Por último, y para terminar esta relación cabe destacar por su importancia el artículo 371: "Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes."

Finalizamos este apartado haciendo referencia a los deberes que la propia Constitución establece en los artículos 6 a 9, ambos inclusive. Se configuran como tales: el amor a la Patria y a defenderla cuando sea llamado a ello, así como contribuir en proporción a sus haberes a los gastos del Estado; la fidelidad a la Constitución, la obediencia a las leyes y el respeto a las autoridades establecidas; y, "así mismo, el ser justos y benéficos". Por otro lado el artículo 13 fija como objeto del Gobierno "la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen".

Como afirma Torres del Moral "los constituyentes tuvieron un decidido empeño no sólo en reconocer los derechos civiles y políticos, sino también en encontrarles raíces históricas en la legislación española. Pero el camino constituyente estaba allanado por la tarea normativa que, en forma de decretos, realizaron las Cortes desde su primera reunión."²²

IV) Organos constitucionales

1) Las Cortes

La Constitución de 1812 dedica el Título III —el más largo del texto— a las Cortes. Comprende del artículo 27 al 167, ambos inclusive. Los motivos de tamaña longitud han quedado expuestos anteriormente cuando se ha caracterizado al texto gaditano por su extrema extensión. Buena parte del citado articulado contiene materias que más bien encuentran sitio en una ley electoral que no en una Constitución.

Dada su extensión el Título III se halla dividido en once capítulos, que tratan respectivamente del modo de formar las Cortes, del nombramiento de Diputados de Cortes, de las Juntas Electorales de Parroquia, del Partido y de Provincia —un Capítulo para cada una—, de la celebración de las Cortes, de sus facultades, de la formación de las leyes y de la sanción real de las mismas, de la promulgación de las leyes, de la Diputación Permanente y de las Cortes extraordinarias.

El artículo 27 define a las Cortes como "la reunión de todos los diputados que representan la Nación, nombrados por los ciudadanos en la forma que se dirá." Tres aspectos consideramos en el estudio de las Cortes en la Constitución de 1812: su organización, funcionamiento y funciones.

El tema de la organización nos lleva de la mano a una cuestión de indudable importancia, y que resulta prioritaria sobre todas las demás: su composición unicameral. Fueron dos, en resumidas cuentas, los motivos que llevaron a constitucionalizar la reunión de las Cortes en cámara única.

Un motivo, el positivo, fue la adopción del criterio francés, entusiásticamente defendido por el abate Sièyes: la unidad de la Cámara es fiel trasunto de la voluntad general de la Nación que sólo puede ser una; la segunda Cámara o bien actúa como redundante de la primera, o como discrepante, en cuyo caso genera conflictos; en ambos casos está de sobra. El otro motivo, el negativo, hay que buscarlo en el rechazo frontal a todo lo que, aún de lejos, pudiera recordar a los Estamentos del Antiguo Régimen. El Senado podía convertirse en un reducto del clero y de la nobleza, y se quiso huir del mismo. En el fondo —que no en lo literal— el razonamiento se repetirá bastantes años más tarde, cuando se elaboró la Constitución de 1931, que junto a la de 1812 son las que adoptaron la composición unicame-

(22) Torres del Moral, Antonio. "Constitucionalismo histórico español". Atomo Ediciones. Madrid. 1986, pág. 41.

ral en nuestra historia. Era el miedo a que el Senado supusiera un freno a los planes de una revolución triunfante. Lo curioso es que en ambos casos —1812 y 1931— se preparó años más tarde —1823 y 1935, respectivamente— una reforma constitucional, que también en ambos casos quedó frustrada, en el sentido de añadir la segunda Cámara, el Senado. Sorprendentemente también en ambos casos el fracaso de la reforma se produjo al entrar en crisis la propia Constitución objeto de revisión: 1823 supuso la supresión del texto gaditano y 1936 vio el estallido de la guerra civil que acabaría con la República, y, por ende, con su Constitución. No fue, por tanto, la reforma como tal lo que fracasó, sino el orden constitucional y político que le servía de base.

Los artículos 29 a 33, ambos inclusive, establecían la capacidad electoral activa para todos los ciudadanos y ordenaba elegir un Diputado por provincia por cada setenta mil habitantes, y uno más por fracción de treinta y cinco mil. Si alguna provincia no llegaba a los setenta mil habitantes, pero sí a sesenta mil también elegía un Diputado. Si no alcanzaba ese último número se unía a la provincia inmediata para completar el de setenta mil requerido. De esta regla se exceptuaba a la Isla de Santo Domingo, que elegiría un Diputado independientemente de su población.

El procedimiento electoral quedaba establecido en los cuatro capítulos siguientes, artículos 34 a 103, ambos inclusive, lo que da idea de lo prolijo de dicha regulación. Resumiendo, se puede afirmar que el texto gaditano previa un sistema electoral, para las Cortes, de tipo indirecto y de cuarto grado. Así lo establece expresamente el artículo 34. "Para la elección de diputados de Cortes se celebrarán Juntas electorales de parroquia, de partido y de provincia". Si en las posteriores Constituciones españolas pueden encontrarse ejemplos de elección indirecta, para el Senado fundamentalmente, está claro que nunca se llega a tamaño grado.

Las juntas electorales de parroquia, compuestas "de todos los ciudadanos vecinados y residentes en el territorio de la parroquia respectiva", elegían a varios compromisarios para que éstos nombraran al elector parroquial, o electores, según el caso²³. Estos componían las juntas electorales que se reunían en la cabeza de cada partido "a fin de nombrar al elector o electores que han de concurrir a la capital de la provincia". "Las juntas electorales de provincia se compondrán de los electores de todos los partidos de ella, que se congregarán en la capital a fin de nombrar los diputados que le correspondan para asistir a las Cortes, como representantes de la Nación".

Respecto al funcionamiento de las Cortes el artículo 104 establecía el principio de reunión anual, de forma automática "el día primero del mes de marzo", y periodo mínimo de sesiones de 3 meses, prorrogable a petición

(23) Según la población de cada parroquia se elegía uno, dos o tres electores parroquiales. Para ello se designaban once, veintiuno o treinta y uno compromisarios, respectivamente.

del Rey o por resolución de las dos terceras partes de los diputados (arts. 106 y 107).

Tal automatismo y el establecimiento del periodo de sesiones eran manifestación práctica de la autonomía en el funcionamiento del Parlamento respecto al Rey. La reunión quedaba así garantizada por el mandato constitucional y se evitaba dejar a la voluntad regia la convocatoria de la reunión parlamentaria que podrá quedar indefinidamente aplazada por caprichosa voluntad, tal como en el Régimen Antiguo ocurría.

Esa defensa de la autonomía del legislativo frente al Rey y al ejecutivo —tan propia del Nuevo Régimen— se producía a imitación de lo que la Constitución norteamericana de 1787 establecía, y tenía diversas manifestaciones, aparte de las reseñadas, a lo largo de la Constitución gaditana. Así, por ejemplo, la incompatibilidad entre la condición de Secretario de Despacho —futuros ministros— y la condición de Diputado (art. 95); la imposibilidad de que el Rey suspendiera o disolviera las Cortes, o la prohibición a los diputados de "admitir para sí, ni solicitar para otro, empleo alguno de provisión del Rey, ni aún ascenso" ni "durante el tiempo de su diputación, y un año después del último acto de sus funciones, obtener para sí, ni solicitar para otro, pensión ni condecoración alguna que sea también de provisión del Rey" (arts. 129 y 130).²⁴

El Rey se limitaba a darse por enterado de la constitución de las Cortes y de la elección de su Presidente que éstos habían realizado, así como a asistir al acto de apertura de Cortes a realizar el primero de marzo "y si tuviere impedimento, la hará el presidente el día señalado, sin que por ningún motivo pueda deferirse para otro" (art. 121). El Rey, en entraría en la sala de Cortes sin guardia y acompañado sólo por las personas previstas por el ceremonial de la Cámara, "hará un discurso en el que propondrá a las Cortes lo que crea conveniente; y al que el Presidente contestará en términos generales". Tal discurso regio fue el que provocó la llamada "crisis de la coletilla" en el Trienio liberal, de lo que se hará posterior referencia.

Se establecía la duración del mandato parlamentario en dos años, idéntico plazo que el previsto para la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de Norteamérica. Los artículos 104 y 108 del texto gaditano señalaban, junto a la antedicha duración, la renovación total de la Cámara al transcurrir ese tiempo y la imposibilidad de reelección inmediata de los diputados; tenía que transcurrir una legislativa antes de que pudieran ser elegidos de nuevo, a tenor de lo previsto en el art.110.

Dos manifestaciones de la soberanía parlamentaria —la elección de presidente, vicepresidente y secretarios así como la elaboración del propio reglamento, todo ello por parte de la propia Cámara— son recogidos por los

(24) Las posteriores constituciones españolas modificaron notablemente estas manifestaciones de absoluta separación, al menos teórica, entre legislativo y ejecutivo.

artículos 118 y 127 respectivamente. Junto a estos privilegios parlamentarios de tipo colectivo la Constitución señalaba otros de tipo individual en su artículo 128: la inviolabilidad —que no la inmunidad— y el privilegio de fuero en causas criminales. En su último inciso el artículo citado añadía: "Durante las sesiones de las Cortes y un mes después, los diputados no podrán ser demandados civilmente ni ejecutados por deudas".

A ese criterio de reforzamiento de la autoridad soberana de las Cortes frente al Rey, tan caracterizador del tránsito del Antiguo al Nuevo Régimen, hay que atribuir dos garantías más que la propia Constitución contiene en sus artículos 124 y 126. Se trata de la prohibición a las Cortes de deliberar en presencia del Rey; y el carácter público de las sesiones, salvo "en los casos que exijan reserva".

Antes de finalizar el examen somero de la regulación constitucional del funcionamiento de las Cortes y hacer referencia a sus facultades convendrá mencionar dos cuestiones más siquiera sea brevemente. El Capítulo XI del Título III se dedica a las Cortes extraordinarias, o lo que es lo mismo y con terminología más actual, a la reunión extraordinaria de las Cortes. El artículo 162 establecía tres supuestos para que se produjera dicha reunión, siempre referidos al Rey: que vacare la Corona (debe entenderse que por muerte, a tenor de los posteriores supuestos), que el Rey quedara imposibilitado o quisiera abdicar (a lo que, en el caso de la tramitación constitucional se añadió: "estando autorizada en el primera caso la diputación para tomar las medidas que estime convenientes, a fin de asegurarse de la inhabilidad del Rey"), y, en tercer lugar, que el Rey estime oportuna la necesidad de la convocatoria extraordinaria por circunstancias críticas y "negocios arduos", participándolo así a la Diputación Permanente de las Cortes que era quien, en cualquier caso, debía efectuar la convocatoria.

Se establecía, además, que la composición de las Cortes extraordinarias era la misma que las ordinarias; que aquéllas sólo podían tratar del tema objeto de convocatoria y que si no concluyeran sus sesiones en el día señalado para la reunión de las ordinarias cesarán aquéllas en sus funciones, y las ordinarias tratarán del tema para el que fueron convocadas las extraordinarias.

Respecto a la Diputación Permanente de Cortes —objeto del Capítulo X— hay que señalar que su cometido constitucional era el de velar por la observancia de la Constitución y las leyes, convocar Cortes extraordinarias —tal como anteriormente se ha señalado—, preparar la celebración de las Cortes al iniciarse su periodo de sesiones y proceder a las sustituciones de los diputados titulares por sus correspondientes suplentes caso de fallecimiento e imposibilidad de aquéllos o a convocar en las provincias afectadas nueva elección caso de que ambos quedaran afectados. El mandato de la diputación duraba de unas Cortes ordinarias a otras y su composición era de

siete diputados nombrados por las propias Cortes antes de finalizar su período de sesiones.

Curiosamente hay que señalar que las únicas constituciones históricas españolas que recogen la institución que nos ocupa han sido las dos unicamerales: 1812 y 1931.

"Las facultades de las Cortes se han expresado con individualidad, —decía el Discurso Preliminar— para que en ningún caso pueda haber ocasión de disputa o competencia entre la autoridad de las Cortes y la del Rey, que no esté fácilmente disuelta con el simple recuerdo de la Constitución... Cada una de ellas pertenece por su naturaleza de tal modo a la potestad legislativa, que las Cortes no podrán desprenderse de ellas sin comprometer muy pronto la libertad de la Nación".

Un artículo —el 131— es dedicado por la Constitución a enumerar las 26 facultades de las Cortes, alguna de las cuales, como la legislativa, es desarrollada en otros lugares del texto. Dejando aparte dicha facultad, que, por su importancia, debe ser examinada con atención, pueden citarse como más importantes, sin pretender exhaustividad en esta enumeración: recibir los juramentos del Rey, Príncipe de Asturias y Regente; resolver cualquier duda en orden a la sucesión de la Corona; elegir Regente en los casos constitucionalmente previstos, así como señalar sus atribuciones; hacer el reconocimiento público del Príncipe de Asturias y designar tutor al Rey menor cuando la Constitución así lo dispusiere.

Tras este primer bloque de facultades de las Cortes relacionadas con la Corona puede señalarse otro segundo grupo referido al funcionamiento de la administración pública: la aprobación de tratados; la fijación del cupo de tropas, así como la admisión en el reino de tropas extranjeras y las ordenanzas militares; la creación o supresión de empleos públicos; la fijación de gastos de la administración pública, etc... Un tercer bloque de carácter económico incluía: establecer contribuciones e impuestos, aranceles y aduanas; disponer lo conveniente para la conservación, administración y enajenación de los bienes nacionales; determinar el valor de las monedas y la adopción del sistema de pesos y medidas; promover y fomentar todo tipo de industria, etc. Junto a esas facultades citadas cabe señalar, por su trascendencia, la protección de la libertad política de imprenta; y, por significativa, la aprobación de los planes generales de enseñanza, y "el que se forme para la educación del Príncipe de Asturias".

El artículo 15 del texto constitucional establecía que la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey. Los capítulos octavo y noveno del Título III desarrollan ese principio. Al igual que ocurre con otros temas la Constitución es prolija en detalles a la hora de regular el procedimiento legislativo. Dos cuestiones llaman la atención especialmente: la atribución a cada uno de los diputados de la iniciativa legislativa y la posición del Rey en la actividad de elaboración legislativa. Dicha posición va a marcar otra diferencia más entre el Antiguo y Nuevo Régimen. El Mo-

narca se limita prácticamente a la sanción y promulgación de las leyes, a tenor de los artículos 142 y 154, respectivamente. La posibilidad de que el Rey ejerciera la iniciativa legislativa, que le atribuía el art. 171.14 se veía de hecho matizada al tener que sustanciarse a través de los Secretarios de Despacho, los cuales asistirían a las sesiones de Cortes para defender dicha iniciativa, pero no podían estar presentes en la votación del proyecto.

El veto —negativa a la sanción— por parte del Rey perdía, además, su carácter absoluto, para convertirse en suspensivo o devolutivo. Pero las Cortes podían superar ese veto aprobando en tres ocasiones el texto inicial y "por el mismo hecho —artículo 149— se entiende que el Rey da la sanción".

En la promulgación de la ley el arbitrio real quedaba absolutamente anulado: "Publicada la ley —art.154— en las Cortes, se dará de ello aviso al Rey, para que se proceda inmediatamente a su promulgación solemne".

Una promulgación en cuya fórmula aparecía el nombre del Monarca, rey de España "por la gracia de Dios y por la Constitución", con idéntica redacción a la del Preámbulo, y que era una manifestación más del tránsito al Nuevo Régimen.

2) El Rey

A la figura del Monarca se dedica el Título IX de la Constitución de 1812, dividido en siete capítulos, de los cuales los dos últimos regulan la institución de los Secretarios de Despacho y del Consejo de Estado respectivamente. En sucesivos párrafos haremos breve referencia a la posición constitucional del Rey, a su sucesión y minoría de edad; a la familia real y su dotación, siguiendo el mismo orden propuesto por el propio texto constitucional.

Tras manifestar que la persona del Rey es sagrada, inviolable y no sujeta a responsabilidad y determinar su tratamiento, la Constitución describe, en el importante artículo 170, el alcance genérico de sus facultades "la potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes". La importancia de este artículo estriba en su repetición prácticamente literal en el resto de las Constituciones monárquicas españolas del siglo XIX.

El artículo 171 enumera hasta dieciséis facultades regias, aparte de la de sancionar las leyes y promulgarlas. Las dos primeras se encaminan a que la actividad del Rey colabore con el correcto funcionamiento de los poderes del Estado, y así se le faculta para "expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes" y "cuidar de que en todo el reino se administre pronto y cumplidamente la justicia". Relacionados con el buen funcionamiento de la Administración pueden señalarse las facultades de: nombrar los magistrados de los Tribu-

nales, a propuesta del Consejo de Estado, proveer todos los empleos civiles y militares, dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con el exterior, etc. Con cuestiones de índole económica se relacionan las facultades de cuidar de la fabricación de moneda y decretar la inversión de los fondos destinados a cada uno de los ramos de la administración pública. Dos facultades descritas en el artículo citado reclaman, por último nuestra atención: la de hacer a las Cortes las propuestas de leyes o reformas que crea conducentes al bien de la Nación y la de nombrar y separar libremente los Secretarios de Despacho. La primera de ellas ha sido citada anteriormente y se vuelve aquí a recordar a propósito de la limitación que la propia Constitución establecía en el artículo 125, en el sentido de que toda propuesta del Rey a las Cortes debía sustanciarse a través de los Secretarios de Despacho. Respecto a la segunda cabe decir que era un caso excepcional al necesario refrendo a la actividad regia.

Dos tipos de limitaciones se señalaban, por la propia Constitución, a las facultades regias. El primer grupo de tales límites venía expresamente señalado como tal en el artículo 172, que incluía doce "restricciones a la autoridad del Rey". Curiosamente la primera de las restricciones establecía que "no puede el Rey impedir bajo ningún pretexto la celebración de las Cortes en las épocas y casos señalados por la Constitución, ni suspenderlas ni disolverlas, ni en manera alguna embarazar sus sesiones y deliberaciones. Los que le aconsejaren o auxiliaren en cualquiera tentativa para estos actos, son declarados traidores, y serán perseguidos como tales".

El segundo límite grande al ejercicio de las facultades regias venía dado por el artículo 225, que, a diferencia de lo que sucedía con el Régimen Anterior, trasladaba a los Secretarios de Despacho la responsabilidad de los actos regios, al declarar obligatorio para todas las órdenes del Rey el ir acompañadas del consiguiente refrendo del Secretario de Despacho correspondiente. Como bien apunta Joaquín Tomás: "La lógica y la equidad exigen que el poder resida allí donde está la responsabilidad; sólo debe ser responsable quien tenga facultad de decidir"²⁵

El artículo 179 reconocía expresamente a Fernando VII como Rey de España. A lo largo del Capítulo segundo, destinado a regular la sucesión a la Corona, la implícita derogación de la ley sálica, que prohibía el acceso al Trono por parte de las mujeres, es constante (artículos 174, 176, 177, 180, 183 y 184).

La mayoría de edad real se establece a los dieciocho años. Para los casos de minoría de edad o imposibilidad regia se establecía una Regencia, que podía desempeñar el Príncipe de Asturias, si lo hubiere y fuera mayor de edad, o, de lo contrario, una Regencia colegial compuesta por tres o cinco personas nombrados por las Cortes. El texto gaditano distingue entre la Regencia y la Tutela del Rey menor.

(25) Tomás Villarroja, Joaquín. op. cit. pág. 24.

Siguiendo la terminología tradicional, la Constitución de 1812 designaba como Príncipe de Asturias al hijo primogénito del Rey, y como Infantes a los demás hijos del Rey, así como a los del Príncipe de Asturias, a todos los cuales se les prohibía contraer matrimonio sin autorización de las Cortes y del Rey, quien también debía obtener, a su vez, consentimiento de aquéllas para su matrimonio.

3) Otros órganos y disposiciones constitucionales

Bajo este epígrafe se hará muy breve referencia a otros órganos de gobierno previstos en el texto constitucional de 1812. En varias ocasiones se ha aludido ya a los Secretarios de Despacho, precedentes de los actuales ministros. Nuestro texto gaditano no constitucionaliza el régimen de gabinete. El Consejo de Ministros no se constitucionaliza como tal hasta 1834, aunque había comenzado de hecho su andadura durante el Trienio Constitucional.

La Constitución establece siete Secretarías de Despacho, que pueden ser variadas por las Cortes, quienes también atribuyen a cada secretaría los temas de su competencia.

También es objeto de la regulación constitucional el Consejo de Estado, institución de honda raigambre en España, reinstaurado por Carlos IV. Se compone de cuarenta miembros, cuatro de ellos eclesiásticos y cuatro Grandes de España. Todos los consejeros son nombrados por el Rey, a propuesta de las Cortes en lista triple tanto de los eclesiásticos y de los nobles como del resto de miembros del Consejo. El Rey lo tenía como único consejo, y debía oír su dictámen "en los asuntos graves gubernativos y, señaladamente, para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados". También correspondía al Consejo presentar al Rey las ternas para nombramientos eclesiásticos y de la judicatura.

El artículo 259 —Título V— constitucionaliza el Supremo Tribunal de Justicia, competente, entre otros casos, de dirimir conflictos entre las audiencias, juzgan a Secretarios y Consejeros de Estado, etc.

Tras referirse al gobierno interior de pueblos y provincias así como a las contribuciones en sus títulos sexto y séptimo, la Constitución dedica el octavo a la fuerza militar nacional, creando en su artículo 362 las milicias nacionales en cada provincia, compuestos de habitantes de cada una de ellas, "con proporción a su población y circunstancias". Su servicio sería discontinuo y sólo tendría "lugar cuando las circunstancias lo requieran". Fueron las milicias nacionales el instrumento armado de los progresistas, dueños de los Ayuntamientos, en la Regencia de María Cristina de Nápoles, en la menor edad de Isabel II.

El Título noveno se dedica a la instrucción pública, estableciendo el artículo 368 que el plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino; "debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todos

las Universidades y establecimientos literarios, donde se enseñan las ciencias eclesiásticas y políticas".

V) Vigencia e influencias del texto gaditano

Regresado a España Fernando VII, su primer acto fue la publicación de un Decreto de 4 de mayo de 1814, dado en Valencia, al que se ha hecho referencia anteriormente, por el que se declaraba la Constitución así como los Decretos de las Cortes de Cádiz "nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos, y se quitasen de en medio del tiempo, y sin obligación en mis pueblos y súbditos de cualquiera clase y condición a cumplirlos ni guardarlos"²⁶. Sostiene Sevilla Andrés lo erróneo de la versión extendida de que el Rey obro así al aceptar el llamado Manifiesto de los Persas, del que ya se ha hecho mención, que le presentaron en Valencia algunos diputados realistas. Tal manifiesto —cuyo autor pudo ser el Marqués de Mataflorida— recibe su nombre a causa de su propio inicio: "Era costumbre de los antiguos persas pasar cinco días en anarquía después del fallecimiento de su rey, a fin de que la experiencia de los asesinatos, robos y otras desgracias les obligase a ser más fieles a su soberano". Para Sevilla Andrés el Manifiesto no era un texto apologético del absolutismo²⁷. De él tomó Fernando VII lo que más le convino —su enemistad a lo hecho en Cádiz— para luego alejarse totalmente del espíritu del Manifiesto, cuyos autores serían igualmente perseguidos que los liberales. Eso sí, con el Manifiesto se comenzaría a fraguar el edificio de lo que más tarde sería el carlismo. Entre 1814 y 1820 reina Fernando VII como monarca absolutista, entre continuos pronunciamientos de militares liberales y con Sudamérica luchando por su independencia.

La segunda etapa de la vigencia de nuestro primer texto constitucional se abre con el Trienio liberal en 1820, iniciado con el levantamiento, en la localidad gaditana de Cabezas de S. Juan, de Rafael de Diego, convertido más tarde en mítico héroe del liberalismo español. Un Decreto de 7 de marzo de 1820 dirigido a todos los Secretarios de Despacho anuncia la decisión del Rey de jurar la Constitución. La vida del Trienio fue azarosa y confusa —dominada por las sociedades secretas— y poco puede aportar en lo tocante a cuál fue el resultado de la vigencia constitucional que por lo mismo se manifestó de modo incompleto. Dos cuestiones cabe, sin embargo señalar siquiera brevemente: el encargo del Rey a Martínez de la Rosa de un proyecto de reforma constitucional, en el que el político granadino —de hecho jefe de gobierno— sugería la implantación del bicameralismo, y la llamada "crisis de la coletilla", producida al añadir el Rey unos párrafos en su Men-

(26) Tomado de Sevilla Andrés, Diego. "Constituciones y otras leyes... op. cit. Tomo I, pág. 223.

(27) Puede verse "Historia Política de España". op. cit. Tomo I, págs. 84 y ss.

saje a las Cortes en marzo de 1821 al inaugurarse las sesiones y que provocó la caída del gobierno.

"Once años — opina Solís — en resumen de una constitución. Durante los dos primeros sólo tienen auténtica vigencia en una ciudad, en realidad no es sino un símbolo aglutinante, un catalizador en presencia del cual, sin otra intervención que su simple existencia, renace la esperanza de una ciudad sitiada. Los seis años siguientes se transforman en un ideal romántico en medio de la represión para los liberales, que sufren de la cárcel o del exilio... En 1820 ha de ser algo más que un símbolo, algo más que dos palabras mágicas: ha de cumplir con una misión política, la Constitución de 1812 se nos revelará como algo utópico, inadaptable a la realidad española. Es una puerta abierta al desorden, una fórmula sobre la que nada se puede edificar. Un fantasma que asusta a los liberales templados y un arma en manos de agitadores y exaltados."²⁸

La entrada en España de los llamados Cien Mil Hijos de S. Luis²⁹ terminó con Trienio y Constitución. Así lo declaraba el Rey en un Manifiesto rubricado en el Puerto de Santa María el primer día de octubre de 1823 en que, por haber carecido de libertad, consideraba "nulos y de ningún valor todos los actos del gobierno llamado constitucional" y afirmaba que "bien públicos y notorios fueron a todos mis vasallos los escandalosos sucesos que precedieron, acompañaron y siguieron al establecimiento de la democrática constitución de Cádiz", a la que, posteriormente, el propio Manifiesto calificaba de "tiránica"³⁰. Comenzaría así la tercera etapa del reinado fernandino que abarcó los diez últimos años de su vida (1823-33) en que se volvió al absolutismo de 1814. La tradicional calificación de Fernando VII como cruel y sanguinario, ha ido dejando paso a una visión más moderada en su calificativo que ve en el Monarca una actitud caprichosa, vacilante y torpe, o como observa Sevilla Andrés, de enemistad "hacia otra fórmula que no fuera la de su "real gana"³¹

La Constitución de 1812 conocería una tercera etapa de vigencia durante la menor edad de Isabel II, sucesora de su padre, Fernando VII, al derogarse el Estatuto Real de 1834 a causa del llamado Motín de los sargentos o de la Granja en agosto de 1836 y mientras se producía la elaboración de un nuevo texto constitucional, lo que ocurrió en junio de 1837. Si en la etapa anterior de su vigencia — el Trienio — la Constitución resultó inaplicable por mor de la confusión misma del periodo, atizada por las so-

(28) Solís, Ramón. "Cara y Cruz. La primera constitución española" en Revista de Estudios Políticos, núm. 126.

(29) Las denominaciones de nuestra historia no carecen, precisamente, de fantasía y gracejo. Está claro que no eran tantos, ni, por supuesto, vástagos del santo rey francés.

(30) Texto del Manifiesto en Sevilla Andrés. "Constituciones y otras leyes..." op. cit. Tomo I, págs. 241 y ss.

(31) En "Historia Política de España", op. cit. Tomo I, pág. 96. Puede verse Martínez Sospedra, Manuel. "La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español". Valencia, 1978. Para su influencia en Iberoamérica, Stoetzer, Otto Carlos. "La Constitución de Cádiz en la América española", en Revista de Estudios Políticos, núm. 126.

ciudades secretas y las revueltas absolutistas, en esta ocasión tampoco su suerte corrió mejor fortuna: el estallido de la primera guerra carlista y la división de los liberales en moderados y progresistas produjeron un ambiente de tensión y conflicto que, añadido a la interinidad de la propia vigencia constitucional, hicieron que se tratara más bien de algo formal y simbólico, aunque como indica Tomás Villarroya "en toda la época del Estatuto, los principios políticos del 12 siguieron vigentes y actuantes. Si el Estatuto Real condensaba las aspiraciones del liberalismo moderado, la Constitución, por su contenido y su significación, pasó a convertirse en bandera y programa del liberalismo exaltado. De ahí que no pueda comprenderse la historia ni el destino final del Estatuto sin tener presente en todo momento la gravitación constante que la Constitución de 1812 ejerció sobre las instituciones y los acontecimientos del Estatuto."³²

Aunque no ha sido objeto de estudios numerosos cabe citar, por su importancia, los realizados a fines del siglo pasado y comienzos de éste por el autor de origen ruso Mirkine-Guetzevich, que se convirtió en uno de sus más defensores apologistas.³³

En resumen, como afirma Sevilla Andrés "Dejando de lado otras notas que evidencian su carácter transaccional, bueno será recordar que no en balde fue la bandera del liberalismo europeo hasta la decisiva ocasión del 48, y tuvo profunda repercusión en Hispanoamérica... Producto de un tiempo y unos hombres que frenaron el curso brillante de Napoleón, y por tanto desviaron la historia europea, y en la ocasión la mundial, rápidamente perdió su vigencia en España cuando el monarca por quien se sacrificaron los españoles inició la persecución de quienes le defendieron y pretendió -una vez más en nuestra historia- borrar para siempre un grávido pasado."³⁴

(32) Tomás Villarroya, Joaquín. "La Constitución de 1812 en la época del Estatuto Real" en REP, núm. 126.

(33) Mirkine Guetzevitch. "La constitution espagnole de 1812 et les debuts du libéralisme européen" en "Introduction á l'étude du droit comparé". París, 1938. "La Constitution du Cadix" en "Révue d'Histoire politique en constitutionnelle". 1939.

(34) Sevilla Andrés, Diego. "Historia Política de España". op. cit. Tomo I, pág. 81

ABORTO Y REFERÉNDUM CONSULTIVO

Joan Oliver Araujo

Resumen. El autor del artículo analiza la posibilidad y conveniencia de utilizar el mecanismo del referéndum consultivo, consagrado en el artículo 92 de la Constitución, para conocer, sin necesidad de intermediarios, la opinión del pueblo español ante la previsible ampliación de los supuestos de despenalización del aborto. En concreto, se plantea e intenta responder a estas dos preguntas: 1ª) ¿Es técnicamente posible someter a referéndum consultivo la proyectada ampliación de los supuestos de despenalización del aborto a través del sistema del plazo? 2ª) ¿Es conveniente o, al menos, útil políticamente acudir en este caso concreto a la técnica del referéndum consultivo?

Según se desprende de las informaciones aparecidas en los medios de comunicación en los últimos meses, el Gobierno está preparando una ampliación de los supuestos de despenalización del aborto. Junto al sistema de las indicaciones introducido por la Reforma del Código Penal de 5 de julio de 1985 (despenalización del aborto cuando sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada — indicación terapéutica—, cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de violación — indicación ética—, y cuando se presuma que el feto habrá de nacer con grandes taras físicas o psíquicas — indicación eugénica—) se pretende ahora abrir la puerta al denominado sistema del plazo (esto es, despenalizar toda interrupción voluntaria del embarazo realizada durante las doce primeras semanas de la gestación, sin necesidad de alegar causa alguna)¹. Esta anunciada ampliación, que supone un cambio cualitativo en la contemplación del conflicto de intereses en juego (protección de la vida humana dependiente *versus* derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad), provocará sin ninguna duda una amplia y dura polémica en el seno de la sociedad española, que conserva a pesar de todo un importante sustrato cristiano².

No pretendo, en este artículo, manifestar mi opinión personal sobre

(1) Para un estudio de la problemática del aborto desde una perspectiva jurídico-penal, pueden verse, entre muchos otros, los siguientes trabajos: COBO DEL ROSAL, Manuel y CARBONELL MATEU, Juan Carlos en la obra colectiva: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 553-574; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 75-94; ARROYO ZAPATERO, Luis: "Prohibición del aborto y Constitución" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico número 3, 1980, págs. 195-222.

(2) Como botón de muestra, pueden verse las manifestaciones del Presidente de la Conferencia Episcopal Española, el cardenal Ángel Suquía, en su discurso de apertura de la 52ª asamblea plenaria. A su juicio, los católicos deben hacer oír su voz ante la posible liberalización completa del aborto en las primeras semanas de embarazo, lo que —en opinión del prelado— "representa un nuevo y gravísimo atentado ante el que los creyentes no pueden permanecer inactivos". Cfr. *El País*, día 20 de febrero de 1990, págs. 1 y 31; *El Periódico de Catalunya*, día 20 de febrero de 1990, págs. 1 y 21.

la bondad o inconveniencia de adoptar el sistema del plazo como técnica para despenalizar el aborto, mi pretensión es exclusivamente jurídica: analizar la posibilidad y la conveniencia de utilizar el mecanismo del referéndum consultivo consagrado en el artículo 92 de la Constitución en un tema tan delicado como éste. Dicho con otras palabras, lo que nos planteamos son dos cuestiones diferentes: 1ª) determinar si es técnicamente posible someter a referéndum consultivo la proyectada ampliación de los supuestos de despenalización del aborto a través del sistema del plazo; y 2ª) precisar si es conveniente o, al menos, útil políticamente acudir en este caso concreto a la técnica referendaria. Veamos ambas cuestiones.

1ª. ¿Es técnicamente posible someter a referéndum consultivo la proyectada ampliación de los supuestos de despenalización del aborto a través del sistema del plazo?

A mi juicio, esta pregunta tiene una respuesta indudablemente afirmativa, como intentaré demostrar a continuación.

La Constitución española de 1978, aunque contempla la institución del referéndum con manifiesta desconfianza y antipatía, ha introducido diversas modalidades del mismo. La modalidad más novedosa y a su vez problemática³ la consagra en su artículo 92.1, al afirmar que "las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos". El referéndum consultivo es una figura valiosa, tanto por sí misma como, sobre todo, por lo que significa de nuevo intento de incorporar a una Constitución eminentemente representativa algunas fórmulas de democracia directa⁴.

Es importante subrayar que el referéndum previsto en el artículo 92 de la Constitución tiene carácter facultativo⁵, lo que significa que los poderes públicos pertinentes podrían adoptar la decisión política de especial trascendencia sin consultar previamente al pueblo. Dicho con otras palabras, se consulta al cuerpo electoral porque se quiere, no porque haya una obligación jurídica de hacerlo. Sentada esta precisión, debemos señalar que el proceso que conduce a la celebración de un referéndum consultivo se compone básicamente de tres fases: 1ª) propuesta del Presidente del Gobier-

(3) Cfr. AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Referéndum" en Diccionario del sistema político español (dirigido por J.J. González Encinar), Akal, Madrid, 1984, pág. 794.

(4) Valoración análoga puede verse en el trabajo del profesor Pedro CRUZ VILLALÓN titulado "El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional" en Revista de Estudios Políticos, núm. 13, 1980, pág. 145.

(5) Cfr. DE ESTEBAN, Jorge en la obra colectiva: El régimen constitucional español. Labor Universitaria, Barcelona, 1980, vol. I, pág. 96; CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El referéndum...", op. cit., págs. 149 y 160; LINDE PANIAGUA, Enrique y HERRERO LERA, Miguel: "El referéndum en la Constitución española de 1978" en Boletín informativo del Departamento de Derecho Político, núm. 3, primavera 1979, pág. 37; LINDE PANIAGUA, Enrique: "Artículo 92. Referéndum" en Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978 (dirigidos por Ó. Alzaga Villaamil), Edersa, Madrid, 1985, tomo VII, pág. 395.

no; 2ª) autorización del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta; y 3ª) convocatoria formal y obligada del Rey⁶. Aunque no es previsible un uso frecuente de esta modalidad de referéndum, debemos recordar que el 12 de marzo de 1986 fue utilizada en un tema extraordinariamente polémico: la decisión política del Gobierno en relación con la Alianza Atlántica⁷.

La delimitación precisa de lo que puede ser objeto de referéndum consultivo es un tema complejo⁸, pues la fórmula "decisiones políticas de especial trascendencia", que utiliza el artículo 92, adolece de una notable y tal vez premeditada oscuridad. A mi juicio, los constituyentes consagraron conscientemente un concepto jurídico-político indeterminado, que pone de manifiesto la voluntad de dejar en manos del convocante un amplísimo margen de libertad⁹. A pesar de esta ambigüedad, es opinión generalizada en la doctrina¹⁰ que el referéndum consagrado en el artículo 92 no puede utilizarse para aprobar proyectos de ley ni para derogar leyes en vigor, por tanto es evidente que no podrá someterse a referéndum un proyecto de ley orgánica de reforma del Código Penal despenalizando el aborto, ni un texto legal en esta línea que ya esté en vigor. Esta exclusión de los textos legislativos como posible objeto de la consulta, que tiene su fundamento en el propio tenor literal del precepto y en el desarrollo del proceso constituyente¹¹, no ofrece, sin embargo, grandes dificultades para dar una respuesta afirmativa a la cuestión que ahora nos estamos planteando. En efecto, aunque

(6) Cfr. OLIVER ARAUJO, Joan: "El referéndum en el sistema constitucional español" en Revista de Derecho Político, núm. 29, 1989, págs. 154-158.

(7) En el Boletín Oficial del Estado de 7 de febrero de 1986 se publicó el Real Decreto 214/1986, de 6 de febrero, por el que se sometía a referéndum de la Nación la decisión política del Gobierno en relación con la Alianza Atlántica. Para un estudio de esta consulta puede verse el trabajo del EQUIP DE SOCIOLOGIA ELECTORAL DE LA UNIVERSITAT AUTONOMA DE BARCELONA titulado: "El referéndum del 12 de marzo de 1986 sobre la permanencia de España en la OTAN y sus consecuencias para el sistema político" en Revista de Estudios Políticos, núm. 52, 1986, págs. 183-215.

Los resultados que se produjeron el 12 de marzo de 1986 fueron mucho más progubernamentales de lo que era previsible a tenor de las encuestas electorales. En concreto, fueron los siguientes (BOE de 2 de abril de 1986 y BOE de 11 de abril de 1986

Electores:	29.024.494
Votantes:	17.246.452
Votos afirmativos:	9.054.509
Votos negativos:	6.872.421
Votos en blanco:	1.127.673
Votos nulos:	191.849

(8) Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio: Principios de Derecho Constitucional español, Átomo Ediciones, Madrid, 1988, vol. I, pág. 151.

(9) Con criterio análogo, cfr. LINDE PANIAGUA, Enrique: "Artículo 92...", op. cit., págs. 377-378.

(10) En este sentido, cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio: Principios..., op. cit., vol. I, pág. 151; LINDE PANIAGUA, Enrique: "Artículo 92...", op. cit., págs. 378, 380 y 383; LINDE PANIAGUA, Enrique y HERRERO LERA, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", op. cit., págs. 39-40; AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Referéndum", op. cit., págs. 794-795; CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El referéndum...", op. cit., págs. 153 y 160; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: "Artículo 92" en Comentarios a la Constitución (dirigidos por F. Garrido Falla), Civitas, Madrid, 1985, págs. 1.317-1.318.

(11) Cfr. OLIVER ARAUJO, Joan: "El referéndum...", op. cit., págs. 158-159.

la pregunta que se formula al cuerpo electoral no puede tener un contenido normativo expreso¹², es muy posible que el resultado del referéndum provoque una determinada actividad legislativa (en la hipótesis de que el Gobierno sometiera a referéndum su decisión política de despenalizar el aborto, es evidente que el resultado de esta consulta podría motivar la presentación de un proyecto de ley en consonancia con la voluntad popular mayoritaria). Como afirma el profesor Tomás Villarroya¹³, "el tenor literal del artículo 92 puede quedar eludido mediante un expediente fácil: se consulta al pueblo y el resultado de la consulta se articula en un texto legislativo". Por todo ello, se puede concluir de forma categórica que es técnicamente posible someter a referéndum consultivo la proyectada ampliación de los supuestos de despenalización del aborto.

2ª. ¿Es conveniente o, al menos, útil políticamente acudir en este caso concreto a la técnica del referéndum consultivo?

La respuesta a esta segunda pregunta es mucho más compleja que la anterior y exige ser examinada desde dos perspectivas distintas. Desde una *perspectiva formal*, acudir a la voluntad popular directa, sin intermediarios, para determinar la legalidad o ilegalidad de las prácticas abortivas me parece una vía ciertamente adecuada, pues es uno de estos pocos temas en los que, a menudo, la opinión particular de un ciudadano no coincide con la opinión oficial que sostiene el partido al que habitualmente aquel ciudadano da su voto (en este sentido, es frecuente encontrar electores de derechas favorables a la libre interrupción del embarazo y votantes de izquierdas que consideran el aborto como un grave atentado al derecho a la vida). Por tanto, considero que formalmente éste es un tema adecuado para ser sometido a referéndum, pues los ciudadanos más que votar según las instrucciones de tal o cual partido, actuarían en este tema concreto según el exclusivo dictado de sus conciencias. Podrían organizarse, a los efectos de la campaña previa al referéndum, dos plataformas públicas, una a favor del "sí" y otra a favor del "no", ambas con fondos públicos y con igualdad de oportunidades, pues, como afirma el profesor Cruz Villalón¹⁴, "lo que se requiere en el desarrollo de un referéndum de esta naturaleza es la formación y promoción de organizaciones *ad hoc* que aglutinen a los ciudadanos en razón de su posición ante la cuestión planteada" (así, por ejemplo, con ocasión del referéndum sobre el Mercado Común, se formaron en Gran Bretaña dos grandes organizaciones: *Britain in Europe* que reunía a los que propugnaban el sí, y *The National Referendum Campaign* que aglutinaba a

(12) Cfr. LINDE PANIAGUA, Enrique y HERRERO LERA, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", op. cit., pág. 39.

(13) Cfr. TOMÁS VILLARROYA, Joaquín: "Comentario al libro El régimen constitucional español I" en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 3, 1981, pág. 346.

(14) Cfr. CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El referéndum...", op. cit., pág. 164.

los partidarios del no). De este modo, en este caso concreto, el referéndum dejaría de ser un instrumento subsidiario de los partidos políticos, para convertirse en un mecanismo circunstancialmente sustitutorio de los mismos¹⁵, una forma de plantear y resolver el problema al margen del sistema de partidos¹⁶. Por tanto, sintetizando lo dicho anteriormente, se puede afirmar que desde una perspectiva formal el referéndum consultivo sobre la penalización o legalización del aborto es políticamente útil y conveniente.

Por el contrario, dar una respuesta precisa a la segunda cuestión (¿es conveniente o, al menos, útil políticamente acudir en este caso concreto a la técnica del referéndum consultivo?) desde una *perspectiva material* es bastante más difícil. Para comprender el alcance de esta dificultad hay que tener presente que el resultado de un referéndum consultivo es jurídicamente vinculante y, por tanto, los poderes públicos están totalmente obligados por este resultado¹⁷. Y digo que es complejo responder afirmativamente a la pregunta de si es conveniente someter a referéndum la ampliación del aborto, por dos motivos antagónicos. Por una parte, porque desde una posición rígidamente antiabortista se negará legitimidad a la consulta (se dirá que votar el tema del aborto es lo mismo que votar el tema de la legalidad del asesinato o de la violación; que es un tema que no es susceptible de ser sometido a consulta popular y, por ende, los hipotéticos resultados carecerían de valor). Por otra parte, porque desde una posición decididamente abortista se argumentará que es innecesario acudir a la vía del referéndum, costosa y crispadora, para despenalizar el aborto, bastando que las Cortes Generales —representantes del pueblo español (art. 66.1 CE)— aprueben la reforma con la mayoría propia de las leyes orgánicas. Por tanto, por uno u otro motivo, es muy dudoso que desde una perspectiva material sea conveniente o, al menos, útil políticamente someter a referéndum consultivo la proyectada ampliación de los supuestos de despenalización del aborto.

15) Cfr. LINDE PANIAGUA, Enrique y HERRERO LERA, Miguel: "Comentario a la Ley Orgánica de modalidades de referéndum" en Revista del Departamento de Derecho Político, núm. 6, primavera 1980, pág. 88.

16) Cfr. AGUIAR DE LUQUE, Luis: Democracia directa y Estado constitucional, Edersa, Madrid, 1977, pág. 316.

17) Cfr. DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis: "Referéndum consultivo y decisión política" en el diario El País, 30 de enero de 1986, págs. 11-12.

LA POLÍTICA SOCIAL DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA.

Luis Gabriel Martínez Rocamora

Resumen.- Se examina en este artículo la labor realizada por la Comunidad Económica Europea para conseguir un nivel de protección social de los trabajadores pertenecientes a sus países miembros. Labor que se caracterizó tradicionalmente por sus olvidos y deficiencias y que, en años posteriores, adquirió mayor relevancia al aceptarse la construcción de un "espacio social europeo". El protagonismo que se ha dado en esa construcción a las partes sociales, los imperativos sociales de un mercado laboral único cada vez más cercano y, por último, los intentos de aprobación de una Carta Comunitaria de Derechos Sociales completan el estudio.

I. Introducción

Los intentos europeístas que proliferaron en los años posteriores a la II Guerra Mundial posibilitaron la creación del Consejo de Europa (1949) y, posteriormente, de las Comunidades Europeas. La ya histórica *Declaración Schuman*, que contenía la propuesta del Gobierno Francés para "colocar el conjunto de la producción franco-alemana del carbón y del acero bajo una alta autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa", dió lugar a un movimiento de rápidas negociaciones que condujeron a la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), mediante el Tratado de París de 18 de abril de 1951. Pasos posteriores —con intentos frustrados incluidos— condujeron a la Reunión de Messina de junio de 1955, en donde los Ministros de Asuntos Exteriores de Francia, la República Federal Alemana, Bélgica, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos decidieron crear un comité intergubernamental de expertos encargado de estudiar las posibilidades de establecer un mercado común general. Este nuevo *rélançe européenne* llevó a que el 25 de marzo de 1957, en Roma, se firmaran los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o EURATOM). Años más tarde, aquellos seis países unidos pasaron a ser nueve (1973) y diez (1981), para, por fin, en 1986, tras la integración de España y Portugal, constituir lo que se denomina la "Europa de los doce"¹.

(1) Cfr. RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C. "Las Comunidades Europeas". En DIEZ DE VELASCO, M. Instituciones de Derecho Internacional Público. Vol. II. 6ª ed. Madrid, 1988. págs. 325 y ss. La bibliografía existente sobre el proceso histórico de integración es abundante y documentada. Vid. la señalada en las págs. 340 a 345 de la obra cit. Respecto a la política social europea antes de la constitución de la C.E.E. y especialmente referida a la labor del Consejo de Europa, cfr. ORSELLO, G.P. Lavoro e politica sociale nella Comunità Europea. Palermo, 1983. págs. 130 a 145.

Entre los objetivos comunes que inspiraron la estructura institucional de las Comunidades destacaba la idea de la progresiva integración económica y política de los Estados miembros. Ambos objetivos, sin embargo, no han alcanzado nunca el mismo grado de desarrollo. Mientras la unión económica es casi una realidad, la consecución de la "Unión Europea" como Comunidad Política es un objetivo todavía lejano. Es precisamente en este contexto europeísta, de objetivos y principios, en el que hemos de situar el conjunto de disposiciones de derecho comunitario del trabajo. En él coexisten, de forma interdependiente, pero claramente diferenciados, dos bloques de medidas sociales. En primer lugar, un tipo de normas definidas *ratione personae*, que toman como punto de partida al trabajador migrante y se dirigen a disciplinar su estatuto laboral (actividad, derechos y obligaciones) y, en segundo término, otro bloque de declaraciones, más genéricas, que tienen por objeto favorecer una política social europea, mediante la mejora progresiva de las condiciones laborales de todos los trabajadores de la Comunidad². La consecución de los objetivos señalados en este segundo bloque normativo impone a los Estados comunitarios una actuación coordinada cara a la construcción de la Europa del siglo XXI.

Se ha escrito, sin embargo, que "existe en lo social europeo, al igual que en lo político, un importante déficit"³. Por ello, debe señalarse como un hito fundamental en la construcción europea, la presentación, en noviembre de 1981, recién designado presidente de la República francesa François Mitterrand, del "Memorandum del Gobierno Francés sobre la reactivación europea". En él se establece la necesidad de tomar medidas en orden a la construcción de un *espacio social europeo*. Noción que, así introducida, se concretaba en tres objetivos principales: a) situar el *empleo* en el centro de la política social comunitaria; b) intensificar el *diálogo* social dentro y fuera de la empresa y c) mejorar la cooperación y la concertación en materia de *protección social*⁴. A partir de ese momento el concepto de "espacio social europeo" no dejará a casi nadie indiferente, pues introduce -como veremos- un nuevo impulso para la consecución de los objetivos sociales antaño adoptados. Pero para llegar a este punto habrían de pasar todavía algunos años y muchos acontecimientos, entre ellos una crisis económica de graves efectos para las economías de los países integrantes de la Comunidad.

(2) Cfr. POCAR, F. *Diritto Comunitario del lavoro*. Padova, 1983. págs. 6 a 8.

(3) GOMIS, P.L. *El espacio Social Europeo y su evolución de 1981 a 1989*. En *Política Social de la Comunidad Europea*. Vol. I. Ministerio de trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1989. pág. XLI. Esta publicación, de tres tomos y un anexo, contiene los documentos más importantes para el estudio del tema que nos ocupa. En adelante, realizaré las citas de esa documentación haciendo referencia a su orden numérico por año y págs. También pone de relieve la subsidiariedad de los temas sociales respecto a los económicos y realiza un breve análisis de cada uno de los apartados de la política social: PEREDO, J.A. "La política social comunitaria". En *Política Social de las Comunidades Europeas*. (IV Jornadas Nacionales de Estudio. Comité Español para el Bienestar Social). Madrid, 1986. págs. 23 y ss. La misma subordinación en el campo de la Seguridad Social: AZNAR LOPEZ, M. "Seguridad Social y comunidades Europeas". *Ibid.* págs. 65 y ss.

(4) Vid. el texto del Memorandum en *Política Social...* cit. Vol. I. Doc. 1/81. págs. 3 a 9.

II. Los tratados fundacionales de la CEE y la política social comunitaria

Casi todos coinciden en afirmar que el objetivo prioritario de las Comunidades Europeas, fruto de la inspiración liberal que los propició, ha sido, desde sus inicios, de carácter fundamentalmente económico⁵. En la Europa de la postguerra, la mayoría de los gobiernos se preocuparon sobre todo de la reconstrucción económica. No es pues para sorprenderse el que, al elaborarse los Tratados, la atención de sus fundadores se concentrara especialmente en estos objetivos.

De ahí que, los autores del Tratado de Roma⁶ dieran muestras de un espíritu francamente innovador al reconocer las necesidades de una acción comunitaria en el terreno social, aunque nos parezcan hoy en día insuficientes las declaraciones en este sentido. Así, por ejemplo, el Preámbulo establece la necesidad de "asegurar por una acción común el progreso económico y social de sus países" y de la "mejora constante de las condiciones de vida"; el art.123 (y el 3, apartado i) dispuso la creación de un Fondo Social para mejorar las posibilidades de empleo; el 48 estableció un principio de no discriminación en el empleo entre los trabajadores de los Estados miembros; el Título III de la Tercera Parte se denomina, además, "Política Social". En él se encuentran, entre otros, los arts. 117 que, en su primer párrafo, dispone que los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra", a fin de conseguir su equiparación por vía del progreso. El art. 118 encomendó a la Comisión Europea la tarea de promover una estrecha colaboración con los Estados en materias relacionadas con el empleo, el derecho laboral y las condiciones de trabajo, la formación profesional, seguridad social, salubridad del trabajo, etc. Medidas que se refuerzan con la declaración del principio de igualdad de retribución con independencia del sexo del trabajador (art. 119) y la obligación de los Estados de procurar una equivalencia entre los regímenes nacionales de vacaciones retribuidas (art. 120).

Como puede observarse, los aspectos sociales no son totalmente ajenos a los tratados fundacionales⁷, sin embargo no dibujaron una política so-

(5) Cfr. a modo de ejemplo, RODRIGUEZ-PINERO, M. "Dimensión social del Mercado Interior (I)". Relaciones Laborales. 1989. nº 1. pág. 1. MANCINI, F. "Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario". Relaciones Laborales. 1986. núm. 4. pág. 175. FRAGA IRIBARNE, M. "La dimensión social de la Europa Comunitaria". Revista Española de Derecho del Trabajo. 1989. núm. 37. págs. 20-21 y HUERTAS BARTOLOME, T. "La dimensión social del mercado interior europeo y la construcción de una nueva política social comunitaria" Actualidad Laboral. 1989. núm. 25. pág. 323 y GOMIS, P.L. Aspectos sociales de la integración de España en las Comunidades Europeas. Madrid, 1979. págs. 19 a 22.

(6) Vid. el texto auténtico del Tratado CEE en BOE de 1 enero de 1986. Págs. 366 y ss.

(7) Sobre el contenido social de los Tratados, cfr. LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A. Droit-Social International et Européen. Dalloz. 6ª ed. París, 1985. págs. 179 y ss. SALA FRANCO, T. y RAMIREZ MARTINEZ, I. Introducción al Derecho Social Comunitario. Valencia, 1986 págs.

cial comunitaria en sentido estricto. De hecho, las disposiciones del Tratado relativas a la política social (arts. 117 a 128) tenían como único objetivo impedir las distorsiones de competencia que pudieran producirse en el caso de que los Estados miembros conservaran regímenes sociales distintos. La parte "social" es realmente sucinta en comparación con las disposiciones referidas a la Unión Aduanera o al establecimiento de una política agraria y de transportes común. El Fondo Social Europeo fue un instrumento destinado a incrementar la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores; no constituía por ello sino un medio bastante limitado de mejora de sus condiciones sociales. Por último, tampoco se define ningún poder o instrumento destinado a solucionar problemas tan importantes como la vivienda o el paro⁸.

Sus declaraciones quedaban, en fin, excesivamente diluidas en meras tareas de promoción y sujetas, en determinadas materias, a la necesidad de obtener unanimidad en las decisiones (art. 100). En definitiva, se trataba de objetivos y principios generales que no encontraron después una adecuada traducción normativa y unas instituciones destinadas a afrontarlos⁹. Sólo algunos aspectos dieron lugar a una auténtica dimensión comunitaria del tema. Entre ellos destaca la igualdad de salario entre hombre y mujer y ello, más por la encomiable labor interpretativa del Tribunal de Justicia, que por una voluntad política y legislativa de procurarla¹⁰. "Incluso un tema estrictamente comunitario —ha escrito RODRIGUEZ-PINERO—, el de la libre circulación de trabajadores (arts. 48 a 51), dará lugar más bien a actuaciones comunitarias de signo negativo, de eliminación de obstáculos, que a medidas positivas para resolver los problemas sociales derivados del ejercicio del derecho de esa libre circulación". En consecuencia, "no cabe hablar propiamente de una política social comunitaria"(...) en tanto que "las medidas previstas son sólo para impedir distorsiones económicas a causa de las divergencias en las políticas sociales nacionales"¹¹.

56 a 61. Más específicamente referidos a los Tratados de la CEEA y de la CEEA, vid. ORSELLO, G. P. *Lavoro e politica...* cit. págs. 149 a 151.

(8) Cfr. COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *La Política Social de la Comunidad Europea*. Documentación Europea. Luxemburgo, 1978. págs. 3 a 6.

(9) Cfr. ORSELLO, G.P. *Lavoro e politica...* cit. págs. 155; 157 y 224 y ss. Como ha expresado VALTICOS, N. "Las principales debilidades de la acción comunitaria en el campo social parecen residir en la insuficiencia y carácter fragmentario de los textos comunitarios relativos a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida, en la ausencia de una verdadera política social, en la subordinación de la acción social a las finalidades económicas del Tratado y en la ausencia de una voluntad política de los Estados miembros en esa acción, por razones, entre otras, de carácter financiero". *Droit International du Travail*. Dalloz. 12^a ed. París, 1983, pág. 161.

(10) Cfr. ORTIZ LALLANA, M.C. "El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas por razón de sexo en el ordenamiento comunitario y en España". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. 1987. núm. 29. págs. 77 y ss. ALONSO LIGERO, M.S. "La no discriminación laboral por razón de sexo". En *CEOE. La Europa de los doce. Normas y bases de la nueva política laboral*. Madrid, 1987. págs. 157 y ss. De singular interés: LAURENT, A. "Le droit communautaire européen et l'égalité de traitement". *Revue Internationale du Travail*. Vol. 121. 1982. núm. 4.

(11) "La dimensión social... (I)" cit. págs. 1-2.

III. Los años del olvido de la política social

Los aspectos señalados dieron pie para el desarrollo puntual de algunos temas sociales, tales como los ya indicados de formación profesional, no discriminación salarial, seguridad e higiene en el trabajo y libre circulación de los trabajadores¹². Con las restricciones antes señaladas, la actuación comunitaria fue plasmándose en un discreto número de instrumentos normativos (reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes) en comparación con los previstos para otras áreas.

La década de los sesenta fue de un crecimiento económico y prosperidad sin precedentes, pero, al tiempo, se puso de relieve que el mero crecimiento económico no había permitido resolver, por sí solo, todos los problemas sociales producidos por la integración. Era evidente que ciertos sectores y determinadas regiones de la Comunidad no habían sacado suficiente provecho del crecimiento económico general: las nuevas riquezas no se habían distribuido equitativamente, en muchas regiones las condiciones de vida y de trabajo no se habían mejorado, las mujeres seguían siendo objeto de discriminaciones laborales, no se había eliminado la miseria y los trabajadores emigrantes, de quienes dependía cada vez más el mantenimiento del nivel de vida comunitario, seguían siendo tratados como ciudadanos de segunda clase¹³.

Los años setenta supusieron además una dura prueba para la supervivencia de los planteamientos iniciales. La misma política comunitaria sufrirá una crisis de identidad y un proceso de oscurecimiento paralelo a los nuevos problemas sociales que iban intrudiciéndose. A pesar de los objetivos de progreso económico y social adoptados, la realidad se encargó de poner de manifiesto que el mismo concepto de "Welfare State" podía quebrarse. La crisis económica agravó la situación de amplios grupos de individuos de escasos recursos económicos, así como del subproletariado de las regiones europeas menos desarrolladas, de los emigrantes procedentes de las mismas y, muy especialmente, de los desclasados y marginados por el paro persistente¹⁴. Ello hacía necesario un cambio de actitud por parte de la CEE.

(12) Cfr. el Derecho derivado sobre estas cuestiones en Política Social... cit. Vol. II, T. II y III. Sobre "seguridad e higiene", vid. GONZALEZ DE LENA ALVAREZ, F. "Lamateria laboral de seguridad e higiene en las Directivas comunitarias". Relaciones Laborales. 1989. núm. 10. págs. 88 yss. y PASTOR RODRIGUEZ-PONGA, J. "La seguridad e higiene en el trabajo". C.E.O.E. La Europa de los doce... cit. págs. 169 y ss.

(13) Cfr. COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. La política social de la Comunidad... cit. pág. 6.

(14) Algunos datos relevantes en ZABARTE, M.E. "Otros aspectos de la política social comunitaria: jóvenes, minusválidos, pobreza". En Política Social de Las Comunidades... cit. págs. 87 a 105 y BAILLO, V. y CRESPO, F. La Europa social. Pamplona, 1987. págs. 85 a 94. Destacaré únicamente la descripción que al respecto realizó la propia COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: "Ha ascendido vertiginosamente la cifra de parados, y más o menos por doquier los 'hermosos ideales' de la Comunidad -labrar una Europa de rostro humano, proteger el medio ambiente, mejorar la calidad de vida- han de pasar a segundo término en

De ahí que, en 1974, aparezca el primer programa de Acción Social de la Comunidad, que da forma a una nueva voluntad política de cooperación social¹⁵. Los objetivos del Programa estaban centrados en la realización del pleno y mejor empleo y se diseñaban una serie de medidas concretas. Se establece también, sin embargo, que todas estas actuaciones comunitarias tendrán un carácter subsidiario con respecto a las políticas sociales de carácter nacional y que no establecen un diseño de medidas comunitarias de política social. Aparecerán una serie de temas de tinte social, tales como los relativos a los trabajadores migrantes, reducción del tiempo de trabajo, igualdad de trato entre hombre y mujer, formación profesional, protección en caso de despidos colectivos, insolvencia de empresas y fusiones o transmisiones de las mismas. Es también la etapa del fracaso en dos grandes temas: la no aprobación del Estatuto de la sociedad europea y el de la Quinta Directiva de aproximación del Derecho de Sociedades¹⁶.

A finales de la misma década aparecen dos informes de vital importancia para nuestro tema: el titulado "Concepciones económicas y sociales de la Comunidad" que fue publicado en Bruselas en noviembre de 1979 y el llamado "Informe Richonnier-Moreau". El primero fue elaborado por un grupo de expertos independientes a solicitud de la Comisión. El grupo de autores estaba presidido por una personalidad que a partir de este momento va a ser el alma del espacio social europeo: Jacques Delors, actual presidente de la Comisión. Del informe elaborado pueden resaltarse algunas frases de singular fuerza, tales como la siguiente: "el subempleo masivo y permanente constituye un especial mal que roe los valores fundamentales —y, en principio, el propio valor del trabajo— sobre el que ha reposado el desarrollo de la economía y el progreso social (...) Ello exige la *necesidad de reequilibrar la Comunidad* con formas que hay que encontrar y en *campos tan diversos como el control del buen funcionamiento de los mercados (...), la política regional y la coherencia de algunos proyectos sociales*"¹⁷. Como puede observarse, se estaba poniendo de manifiesto que la situación de crisis exigía una actuación conjunta en una serie de espacios entre los que destacaba, junto al económico, el social. Es precisamente en el segundo in-

espera de una reactivación económica. Muy pronto tuvo que afrontar la Comunidad un aumento masivo del paro coyuntural (...). A fines de 1974 la CEE contaba con cerca de 4 millones de parados. Los ramos más afectados eran el automóvil, el textil, el vestido y la construcción. La categoría más amenazada eran los jóvenes, los trabajadores de edad avanzada, las mujeres, los emigrantes y los trabajadores no cualificados". La Política social de la Comunidad... cit. pág. 20. En la segunda edición del mismo documento, de marzo de 1983, se señalaba: "El número de parados ha pasado de 6 millones a finales de 1979 a 8 millones a finales de 1980, a 10 millones comprobarse

(15) JOCE, C 13, de 12 de febrero de 1974. Págs. 1 y ss. Versión española en DOCE (Edición especial) Tomo 05, Vol. 2, págs. 20 y ss. Completado por Resolución del Consejo de 9 de febrero de 1976. JOCE C 34, de 14 de febrero. Págs. 2 y ss. Versión española en DOCE (Edición especial) Tomo 05, Vol. 2 págs. 66 y ss.

(16) CRESPO, S. "Algunas reflexiones sobre el espacio social europeo". Revista de Economía y Sociología del Trabajo. 1989. núm. 4-5. pág. 9.

(17) Un análisis de este Informe y del que posteriormente mencionaré, en GOMIS, P.L. "El espacio social..." cit. págs. XLIII a XLV. El subrayado es mío.

forme señalado, el "Richonnier-Moreau", presentado al Parlamento Europeo, donde aparecerá por primera vez la denominación de "Espacio Social Europeo", para afirmar que las Comunidades lo han olvidado casi por completo tanto económica (representa únicamente un gasto del 0,05% del PIB comunitario), como normativamente (reducido a 15 Directivas y Reglamentos de carácter obligatorio para los Estados miembros y una treintena de estructuras de concertación).

Los primeros años de la década de los ochenta son también de escasa política social. Ya hemos hecho mención del Memorándum del Gobierno Francés de 1981 que, a pesar de ser reconocido hoy como uno de los hitos fundamentales del *iter* hacia una nueva política social, ni siquiera se recoge en el Informe sobre la evolución social de la Comunidad correspondiente a ese año. Tampoco habrá menciones al tema en los Informes anuales de 1982 y 1983. Son años de silencio que, a juicio de algunos, tiene un nombre propio: Mrs. Thatcher¹⁸. En efecto, la política conservadora de la "dama de hierro" no podía dejar de frenar los nuevos aires sociales que acaban de llegar de Francia.

IV. El espacio social europeo

Se ha dicho que "el futuro del hombre depende de su éxito en conseguir estos tres objetivos: la paz en el mundo, la justicia social y la libertad individual"¹⁹. La consecución de estos tres objetivos encierra un delicado problema de equilibrios de tinte ideológico: la libertad individual no debe entenderse como absoluta, sin límites provenientes del interés social y, del mismo modo, tampoco la justicia social puede traducirse en negación sistemática de los legítimos intereses individuales. El logro de compromisos y actuaciones dirigidas a alcanzar esta libertad solidaria quizá sea el camino para alcanzar también la paz. Pero esas actuaciones no pueden hoy reducirse al plano exclusivo de las políticas nacionales, sino que exigen su planteamiento desde instancias internacionales y supranacionales. En lo que a nosotros interesa ahora, en sede comunitaria.

En este contexto que, como vimos, no es ajeno a los fines del Tratado de la CEE, pero sí a las realizaciones concretas llevadas a cabo, Francia asume la Presidencia de las comunidades en el primer semestre de 1984, y en junio tienen lugar las segundas elecciones por sufragio universal directo al Parlamento Europeo. En las conclusiones del Consejo de 22 de junio de 1984, el Espacio Social Europeo se incluye en el programa de acción social

(18) Cf. *Ibid.* págs. LIV y LVI. La política de renegociación presupuestaria del Reino Unido, llevada a cabo por su primera ministra desde su llegada al poder, en mayo de 1979, tuvo también sus efectos en los presupuestos de las Comunidades. A ello hay que añadir los problemas políticos e instituciones que llevaron a la creación, en 1981, de la "Comisión Institucional" en el Parlamento Europeo y un replanteamiento de las relaciones entre el Consejo y la Comisión. Los argumentos de orden económico que se utilizaron para frenar el desarrollo de los aspectos sociales: BAILLO, V. y CRESPO, S. *La Europa Social...* cit. págs. 19 a 26.

(19) JENKS, C.W. *La justicia social en el derecho de las naciones*. Madrid, 1972. pag. 9.

comunitario a medio plazo. Ahí leemos: "las diferencias entre las instituciones y las políticas sociales (de los Estados miembros) no excluyen el establecimiento de acciones comunes que admitan la consecución progresiva de un espacio social europeo". Y, más adelante: "la Comunidad debe perseguir en el plano social los objetivos que se fijó en su origen: buscar el pleno empleo, mejorar las condiciones de vida y trabajo y conseguir plenamente la libre circulación de trabajadores. Ello implica reforzar la solidaridad social y alcanzar un consenso entre los trabajadores de la vida social"²⁰. Este programa venía ya abonado por una serie de circunstancias anteriores. Desde años atrás tanto la Comisión como el Consejo, conscientes de la importancia de la participación de los sindicatos y de las asociaciones de empresarios en estos temas, habían ido creando una costumbre de participación y diálogo social que dió lugar a un sindicalismo europeo. Desde 1968 los interlocutores habían expresado su descontento sobre la política social de la Comunidad y desde 1970 se habían celebrado conferencias tripartitas para favorecer la concertación. Es precisamente a raíz de las conclusiones de la primera de estas Conferencias cuando se crea el Comité Permanente para el Empleo como órgano de concertación con participación sindical, empresarial, de la Comisión y del Consejo de Ministros. En 1978, tras la terminación de la cuarta Conferencia, la Confederación Europea de Sindicatos (CES) amenazó con reconsiderar su participación en reuniones futuras si no se daba un nuevo impulso a la política social²¹.

Nuevo impulso que, como hemos señalado, vino a producirse en 1984. El año siguiente va a ser, por fin, especialmente importante para la Política Social Comunitaria. El Espacio Social Europeo se trató a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno (incorporándose las medidas propuestas al Informe del Comité Dooge), en el Parlamento Europeo (Resolución de 16 de abril) y en el Comité Permanente de Empleo²². Todo hacía pensar, por tanto, que estaba surgiendo una nueva conciencia de solidaridad en sede comunitaria y que el cambio a una coyuntura económica más favorable iba a significar un relanzamiento efectivo de ayuda a las regiones y sectores más debilitados por la crisis. Sin embargo, lo que hasta ahora venía siendo un espacio nuevo a rellenar por actuaciones concretas, con vivacidad e identi-

(20) Política Social... cit. Doc. 1/84. pág. 13.

(21) Cfr. los datos en COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. La política social de la Comunidad... cit. 2ª ed. Marzo, 1983. pág. 43; LORENTE LOPEZ, L. y MORENO CAMACHO, L. "El diálogo social en la Comunidad Económica Europea". Revista de Fomento Social. 1989. núm. 174. págs. 153-154; y MONEREO PÉREZ, J.L. "La participación de los agentes sociales en la construcción de la Comunidad Europea y el diálogo social". Actualidad Laboral. 1989. núm. 29. págs. 375 y ss. Sobre los acontecimientos que dieron lugar a la creación del Comité Permanente para el Empleo: PAULUS, D. La création du Comité Permanent de l'emploi des Communautés Européennes. Bruxelles, 1972.

(22) Cfr. GOMIS, P.L. "El espacio social..." cit. pág. LIX. Vid. un extracto del Informe del Comité Dooge en Política Social... cit. Doc. 1/85. págs. 21 a 23. Las conclusiones de las reuniones del Consejo de Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de 13 de junio y 24 de septiembre en Ibid. Doc. 2/85. págs. 25 y 26; la Resolución del parlamento Europeo sobre las prioridades en el ámbito de los asuntos sociales y de la política de empleo, de 16 de abril: Doc. 4/85. págs. 29 a 31 y Conclusiones del Comité Permanente de Empleo (Reunión de 30 de mayo): Doc. 5/85. págs. 33 a 36.

dad propia, va a convertirse en simple dimensión de otro objetivo: el Mercado Único. A partir de ahora se irá abandonando progresivamente la expresión "Espacio Social Europeo" y sustituyéndose por la de "dimensión social del Mercado Interior".

El objetivo a conseguir se trató, como hemos visto, al más alto nivel. Y al más alto nivel se subordinó a una cuestión económica. Claramente se ha reconocido por algunos que un tema tan propio de este espacio social, como es la armonización de las legislaciones nacionales en sus aspectos sociales, "no es un fin en si mismo" sino un "importante medio al servicio de un fin: que es realizar de verdad un mercado único equitativo para todos, pues se trata de una *armonía de contenido económico*, más bien que de similitud de técnica jurídica"²³. Sin tratar de sacar las cosas de su contexto, pues la afirmación es cierta en cuanto que no se puede hacer política social (en ningún ámbito) sin coordinación con la económica, me interesa resaltar que la cuestión clave está en el orden de prioridades. No se trata ya, como parecía entreverse antes, de hacer una política social de acercamiento de los niveles de vida y trabajo a través de una política económica coordinada con esos objetivos, sino, al contrario, de hacer una política económica de enriquecimiento progresivo tratando de paliar los desajustes sociales que genere mediante ciertas medidas sociales. Medidas que, hoy por hoy, no se han tomado.

V. El problema social como objetivo de realización del Mercado Interior

En estas circunstancias, se publica el *Libro Blanco para la culminación del Mercado Interior*²⁴, donde la Comisión plantea al Consejo que haga suyo el objetivo de la unificación completa del Mercado Interior en 1992. Mercado que significaría la eliminación de las barreras físicas, técnicas, y fiscales existentes entre los Estados Miembros. Para ello se diseña un conjunto de medidas que hagan posible la libre competencia en un espacio de 320 millones de consumidores.

Del 13 al 17 de marzo de 1985 se habían reunido en Milán, para su quinto congreso estatutario, los representantes sindicales de las 35 organizaciones afiliadas a la Confederación Europea de Sindicatos, pertenecientes a 20 países europeos distintos. En el congreso se subrayó claramente que "no será posible crear un mercado europeo real contentándose con dismantelar las barreras nacionales y sin reemplazarlas con nada, bajo el falso pretexto de que los mecanismos del mercado se encargarían del resto".

(23) FRAGA IRIBARNE, M. "La dimensión social..." cit. pág. 22. (El subrayado es mio). El texto cit. también en LAURENT, A. La armonización de los sistemas de la Seguridad Social en las Comunidades Europeas. Madrid, 1981.

(24) COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES L'achèvement du Marche Intérieur (Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen). Juin, 1985. Bruxelles, 1985. Vid. extracto en Política Social... cit. Doc. 6/85. págs. 37 a 45. Fue presentado por la Comisión en abril y analizado por el Consejo en su reunión de junio del mismo año.

El 10 y el 11 de octubre, el Comité Ejecutivo de la CES adoptó una declaración respecto al Libro Blanco, reclamando que las medidas que se adoptaran para realizar el mercado interior fueran acompañadas por un debate social a nivel europeo²⁵. Debate que ya había comenzado en los encuentros de *Val Duchesse* y que encontrará reflejo normativo en la aprobación del *Acta Unica Europea*.

V.1. Los diálogos de Val Duchesse

El 31 de enero de 1985 se habían reunido en *Val Duchesse* el presidente de la Comisión, Jacques Delors, y otros miembros de su gabinete con representantes de las Asociaciones Empresariales y Sindicales, para debatir los problemas derivados de la nueva situación económica y social. El 12 de noviembre tuvo lugar un nuevo encuentro que respondía a una estrategia bien definida: "en lugar de transmitir a las instancias correspondientes proyectos de regulación reglamentaria o de Directivas que habrían podido estancarse antes de su aprobación, (se) prefirió contribuir, como paso preliminar, al resurgimiento de prácticas informales de consulta tripartita en el seno de la Comunidad, de modo que los representantes de los empresarios y trabajadores pudieran discutir entre sí los rumbos de la política social europea (...). Este método *a la japonesa* habría de dar inicialmente resultados positivos"²⁶, pero los acontecimientos posteriores demostraron que las posiciones sobre los temas clave iban a quedar definitivamente enfrentadas. No obstante, algo se consiguió pues, teniendo en cuenta la inicial declaración común de intenciones de los protagonistas de aquel encuentro (CES-UNICE-CEEP), el Consejo Europeo de Luxemburgo de diciembre de 1985, procedió a la adopción del Proyecto de Acta Unica Europea incluyendo determinadas disposiciones sociales y un reconocimiento legal de desarrollo del dialogo entre empresarios y trabajadores²⁷.

V.2. Modificaciones del Tratado CEE por el Acta Unica Europea

El Acta Unica²⁸ es el texto de más alto rango normativo aprobado desde la firma de los Tratados fundacionales; modifica algunos de sus preceptos e introduce un nuevo Título V bajo una denominación muy expresiva: "Cohesión Económica y Social".

Al conjunto de medidas sociales se dedican importantes disposiciones, en especial los arts. 21 y 22. El 21 (que se convierte en el 118 A del Tratado de Roma) tiene el siguiente tenor literal: "1) Los Estados Miembros procurarán *promover la mejora, en particular del medio de Trabajo,*

(25) Cfr. *Ibid.* cit. Doc 7/85. págs. 47 y 48.

(26) CRESPO, S. "Algunas reflexiones sobre..." cit. págs. 15 y 16.

(27) Todas estas cuestiones se encuentran reflejadas en el "Informe sobre la Situación Social de la Comunidad en 1985". Cfr. Política Social... Doc. 8/85. págs. 49 y 50.

(28) DOCE L 169, de 29 de junio de 1987. Vid. extractos en Política Social... Vol. II. T. I. Págs. 37 a 41. También en vol. I. Doc. 1/87. págs. 111 a 113.

para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización, dentro del progreso, de las condiciones existentes en ese ámbito. 2) Para contribuir a la consecución del objetivo previsto en el apartado 1, el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros (...). 3) Las disposiciones establecidas en virtud del presente artículo no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo, compatibles con el presente Tratado".

Por su parte, el art. 22, introduce en el Tratado de Roma un nuevo precepto: el art. 118 B, con la siguiente dicción: "La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si estas lo consideran deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes".

Se establecen también otras modificaciones de importancia para los temas sociales, entre ellas, y de forma necesariamente resumida, podemos resaltar las siguientes: Se fija el 31 de diciembre de 1992 como último día de plazo para adoptar las medidas destinadas a establecer el Mercado Interior (art. 13 del AUE y actual 8 A del Tratado de Roma); se completa el art. 100 del Tratado, variándose el sistema de adopción de directivas para aproximación de disposiciones legales de los Estados miembros. En tal sentido, el nuevo art. 100 A, establece la sustitución del sistema de la unanimidad del Consejo por el de mayoría cualificada, aunque se mantiene la regla de la unanimidad para las disposiciones relativas a las disposiciones fiscales, libre circulación de personas y las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. Se establece también (Título V) que para la consecución de un espacio europeo cohesionado económica y socialmente han de reducirse las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas. Para ello se adoptan diversas medidas relacionadas con los Fondos Estructurales de la Comunidad: Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA), Fondo Social Europeo (FSE) y Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

No se trata aquí de hacer un análisis de los problemas interpretativos de este articulado, sino de proceder a un examen general de los objetivos fijados y sus repercusiones en las condiciones de trabajo. Para proceder a este objetivo es necesario dividir el estudio en dos breves apartados.

V.2.1. Art. 118A del Tratado de Roma: armonización de legislaciones nacionales en materia laboral y social

Donde mejor pueden observarse las limitaciones jurídicas e institucionales para conseguir un verdadero espacio social europeo es en este artí-

culo. Por ello, he creído conveniente llamar la atención sobre la nueva denominación que adquiere en las instancias comunitarias la política social, que pasa a adoptar la expresión "dimensión social del Mercado Interior". En efecto, el objetivo esencial propuesto es conseguir ese espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada a nivel comunitario²⁹. Los beneficios de esa integración se han calculado por el anterior Director General de la Comisión, Paolo Cecchini, entre un crecimiento del 4'5% del PIB comunitario y dos millones de puestos de trabajo en un escenario poco favorable y un 7% del PIB y cinco millones de puestos de trabajo en una situación de mercado más favorable. Además de significar un ahorro para las empresas de 200.000 millones de ECUS³⁰.

La consecución de esos resultados, de ser ciertos, no encontrarán reparos por parte de nadie. Sin embargo, para conseguir esos resultados hay que tomar una serie de medidas que afectarán negativamente a los trabajadores, en especial a los pertenecientes a áreas regionales menos atendidas. Ello porque la liberación del mercado provocará desplazamientos de capital hacia regiones de bajas rentas salariales y de peores condiciones de trabajo. Causará, además, una situación de inestabilidad (difícilmente mantenible) para los que, con indudable esfuerzo histórico, han alcanzado cotas de protección más altas. Esta cuestión, que se ha denominado "dumping social", es de vital importancia para el laboralista y no puede omitirse aquí, siquiera sea para fundamentar la previsible dualización de los mercados de trabajo que el mercado interior traerá consigo.

Ciertamente, los desplazamientos de capital no irán, sin más, a las regiones menos favorecidas; hace falta que se den otras condiciones, de infraestructura, de servicios públicos y, en particular, de mano de obra especializada. Por eso se ha previsto la duplicación en términos reales, de los Fondos Estructurales. Pero tampoco basta su aumento; es menester una mejor aplicación, una visión más integrada de esos Fondos y el establecimiento de planes operativos plurianuales³¹. En cualquier caso, se hace necesaria la actuación conjunta de los Estados miembros para proceder a una homogeneización o armonización de las legislaciones laborales y de Seguridad Social.

De ahí que el nuevo art. 118 A del Tratado cumpla una función de lí-

(29) Cfr. art. 13 del Acta Unica (actual art. 8A, párrafo segundo, del Tratado CEE).

(30) Las conclusiones del Informe en Política Social... cit. Doc. 17/88, págs. 551 a 559. Cfr. también RODRIGUEZ-PINERO, M. "La dimensión social... (I)" cit. pág. 5; HUERTAS BARTOLOME, T. "La dimensión social..." cit. págs. 327 y 328 y LANDABURU DE SILVA, A. "El modelo social europeo y el nuevo diálogo social". Revista de Economía y Sociología del Trabajo. 1989. núm. 4-5. págs. 137 y 138.

(31) Cfr. FRAGA IRIBARNE, M. "La dimensión social..." cit. pág. 31. Estas ideas parece tomarlas el autor señalado textualmente del llamado "Documento Marín", de septiembre de 1988, sobre la "Dimensión Social del Mercado Interior". Puede comprobarse la similitud en Política Social... cit. Doc. 11/88, págs. 353 y 354. Sobre la participación española en esos Fondos cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. La Formación Profesional en España. El Plan F.I.P. 1985-1989. El Fondo Social Europeo 1990-1993. Madrid, 1989.

mite en esa tarea. En él no queda claro ni qué materias han de armonizarse, a qué nivel, cómo, ni a través de qué medios³². Tampoco es fácil determinar el alcance de la expresión "condiciones del medio de trabajo". Para algunos afecta sólo a medidas relativas a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, quedando los restantes "derechos e intereses de los trabajadores asalariados" sometido a los límites del art. 100 del Tratado de Roma (ley de la unanimidad). Para los Sindicatos, sin embargo, el art. 118 A debe interpretarse de forma más extensiva, de forma que por mayoría cualificada podrían adoptarse directivas sobre otras materias laborales que no son propiamente de seguridad e higiene³³.

En definitiva, como claramente ha quedado expuesto por ESPINA, "la cohesión económica y social no ha constituido una prioridad en las preocupaciones comunitarias hasta estos momentos"³⁴.

V.2.2. Art. 118 B del Tratado de Roma: El diálogo social a nivel europeo

La posibilidad de que los interlocutores sociales tengan protagonismo en el proceso de armonización de las normas laborales viene reconocido en el nuevo art. 118 B del Tratado de Roma. Ya señalé el origen de tal reconocimiento y las manifestaciones informales celebradas en años anteriores. Ahora corresponde pasar revista a las posibilidades reales de ese procedimiento a nivel europeo.

La negociación colectiva cumple hoy un papel muy importante en la configuración de las relaciones industriales de los distintos países. Prueba de ello es el interés de los poderes públicos por alcanzar una amplia base de relaciones negociadas e, incluso, de conseguir grandes pactos sociales que contribuyan a un pacífico y ordenado marco social (concertado). El alcance de estos pactos, sus procedimientos, eficacia, etc. varían de un país a otro. Ello hace que las referencias que en sede comunitaria se haga del diálogo social hayan de ser siempre ambiguas y generales.

El art. 118 B no introduce un nuevo instrumento normativo —cuyo origen y eficacia se deja a empresarios y trabajadores—, sino que, simplemente, "se procurará desarrollar el diálogo". Diálogo que, por otra parte,

(32) En eso coincide la mayoría; cfr. a modo de ejemplo, RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La dimensión social... (y III)". *Relaciones Laborales*. 1989. núm. 3. págs. 4 y 5; CRESPO, S. "Algunas reflexiones..." cit. págs. 11 a 14 y ESPINA, A. "La primera etapa de armonización de los sistemas laborales de la C.E.E." *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*. 1989. núm. 4-5, págs. 21 y 22.

(33) Las posiciones quedan, como anteriormente había señalado, enfrentadas. Estas cuestiones suelen abordarse conjuntamente con las relacionadas con el papel de la contratación colectiva a nivel europeo. Me remito, por tanto, a la bibliografía que, cuando trate de este tema, citaré. Puede señalarse, no obstante, una clara referencia a esta polémica en ESPINA, A. "La primera etapa..." cit. pág. 20; RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La dimensión social... (y III)". cit. pág. 4 y mi trabajo "El diálogo social en la CEE". *Información Empresarial*. 1989, núm. 2, págs. 46 y 47.

(34) "La primera etapa..." cit. pág. 21. Sobre las tareas armonizadoras llevadas a cabo hasta 1986 y su cristalización en instrumentos normativos comunitarios, cfr. SALA FRANCO, T. "Armonización de legislaciones sociales. Estudio especial en materia de despidos colectivos y fusión y absorción de empresas". *CEOE. La Europa de los doce...* cit. págs. 133 a 152.

sólo dará lugar a relaciones basadas en un acuerdo cuando las partes sociales lo consideren deseable. En la Comunidad, por tanto, va a ser difícil que el diálogo social pueda llegar a representar un papel significativo. Muestra de ello es que entre los mismos interlocutores existe un claro desacuerdo sobre su alcance. Los sindicatos tienen más confianza en la negociación; para los empresarios, sin embargo, el diálogo social aceptado en Val Duchesse y reflejado en el Acta Unica hay que distinguirlo muy nítidamente de una negociación. Entiende UNICE que los resultados del mismo no pueden dar lugar a propuestas vinculantes, sino a meras "opiniones comunes" que se comunicarían a todos los países y niveles³⁵. Por su parte, el Parlamento Europeo, en Resolución de 11 de noviembre de 1986, expresó su esperanza de que el diálogo social condujera a "acuerdos marco", y "cree que ha llegado ya el momento de firmar, por fin, convenios colectivos europeos"³⁶. Como veremos, esa creencia era errónea.

VI. El estancamiento de la dimensión social

El Acta Unica había introducido dos métodos para evitar o corregir los desajustes sociales que a partir de 1993 iba a provocar la plena liberalización del Mercado interior. Por un lado, la armonización de las legislaciones nacionales en sus aspectos sociales y, por otro, su posible consecución por la vía del diálogo. Ninguno de los dos métodos se ha presentado como viable a corto plazo. De ahí que el tiempo comience a jugar un importante papel en la dimensión social de los objetivos económicos.

El 1 de julio de 1987 entró en vigor el Acta Unica. Ese mismo año se presenta un Informe del Comité Económico y Social, que había sido encargado a un Grupo de Estudio³⁷, en el que se ponía de manifiesto las dificultades interpretativas de los arts. 100A, 118A y 118B del Tratado³⁸ y se afirmaba que para conseguir un mercado interno cohesionado sería necesario "llegar a un acuerdo sobre una *Carta Social o Constitución Europea Social Básica*", pues "faltan las condiciones políticas previas para ir de modo activo a la convergencia entre los varios agentes económicos y entre los interlocutores sociales que el mercado interior propone y su realización requiere"³⁹.

(35) Así lo pone de manifiesto RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La dimensión social... (y III)". cit. pág. 4. Respecto a las declaraciones de los sectores empresariales sobre este tema, cfr. SANCHEZ FIERRO, J. "Europa y el diálogo social comunitario". Revista de Economía y Sociología del Trabajo. 1989. núm. 4-5, págs. 124 a 127 y las recogidas en el trabajo de LORENTE LOPEZ, L. y MORENO CAMACHO, L. "Diálogo social..." cit. págs. 162 y ss.

(36) Política Social... cit. Doc. 3/86 pág. 63. En otra Resolución, también de 11 de noviembre de 1986, solicita a los interlocutores sociales que celebren acuerdos-marco europeos y nacionales. Ibid. Doc. 10/86. pág. 101. Respecto a las dificultades de carácter sociológico, jurídico y prácticos para llegar a este tipo de convenios y, en general, sobre el sindicalismo europeo: cfr. LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A. Droit Social International... cit. págs. 369 a 373.

(37) Conocido como Informe Beretta, al ser éste su ponente.

(38) Política Social... cit. Doc. 6/87. págs. 141, 154 y 155.

(39) Ibid. págs. 142 y 157 y ss.

El mismo informe reprocha a las instituciones comunitarias que se hayan limitado a una "política de estímulo, porque no puede pedirse a los interlocutores sociales toda la responsabilidad de la puesta en práctica de las estrategias de crecimiento. Los responsables de legislar —sigue diciendo— deben cumplir su cometido aprovechando las posibilidades de modificar la base jurídica que ofrece el Acta Unica (art. 118A) en lo que respecta a las propuestas en materia social"⁴⁰.

VI.1. La imposibilidad de la vía del diálogo

Los meses posteriores iban a poner de manifiesto lo acertado del informe anterior. El diálogo había quedado definitivamente estancado. Por parte empresarial, se pone de manifiesto el cúmulo de dificultades jurídicas y técnicas existentes para alcanzar una negociación a nivel europeo⁴¹. Los sindicatos, por su parte, siguieron confiando en la consecución de acuerdos-marco y en ello centraron sus esfuerzos. La Comisión adoptó una actitud pasiva y expectante aceptando, con ello, de forma implícita, que el acuerdo entre las partes sociales sea una condición previa para adoptar medidas legislativas en el campo social. De esta forma, el diálogo social se convierte de hecho en la mejor plataforma para frenar los aspectos sociales del mercado interior, al tiempo que la integración económica sigue desarrollándose a buen ritmo⁴². Posteriormente, la Confederación Europea de Sindicatos varió su estrategia negociadora. Propuso un modelo de negociación descentralizado por sectores, comenzando por aquellos directamente afectados por las medidas de la CEE, como los transportes, banca, seguros, construcción, etc. La respuesta empresarial fue clara al respecto: "cuestionamos —dice Sánchez Fierro, Director de Relaciones Laborales de la CEOE y miembro de la Comisión de Asuntos Sociales de UNICE— al igual que las Organizaciones Empresariales del resto de los países comunitarios, la reivindicación de convenios sectoriales europeos"⁴³. El diálogo social estaba definitivamente muerto. Son expresivas las palabras de Jacques Delors, recogidas por Zufiaur: "Debo reconocer que tras un comienzo prometedor, el diálogo social ha decepcionado a muchos. Hasta tal punto que me he preguntado si la Comisión debería insistir en su continuidad"⁴⁴.

VI.2. Las dificultades de la armonización normativa

Si la vía del diálogo (art. 118B) se mostró inoperante en cuanto a las medidas sociales a adoptar, tampoco la armonización de legislaciones prevista en el art. 118A iba a dar resultados positivos. En primer lugar, debido

(40) *Ibid.* pág. 157.

(41) Cfr. SANCHEZ FIERRO, J. "Europa y el diálogo..." cit. pág. 127.

(42) Cfr. ZUFIAUR, J.M. "El diálogo social..." cit. págs. 130 y 131 y MONEREO PEREZ, J.L. "La participación de los agentes..." cit. pág. 387.

(43) "Europa y el diálogo..." cit. pág. 127. Sobre las nuevas propuestas sindicales de negociación, cfr. ZUFIAUR, J.M. "El diálogo social..." cit. pág. 133.

(44) "El diálogo social..." cit. pág. 132.

a la dificultad de concretar los límites institucionales en que ha de moverse tal tarea. Recordemos que el art. 118A dispone que "los Estados miembros procurarán *promover la mejora*, en particular *del medio de trabajo*, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la *armonización*, dentro del progreso, de las condiciones existentes en ese ámbito". Para lo cual, mediante directivas, se fijarán las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse en los Estados miembros. Ello sin perjuicio de que cada Estado pueda mantener y adoptar medidas de mayor protección.

La armonización de legislaciones nacionales venía establecida ya en diversos apartados del Tratado de Roma antes de la reforma operada por el Acta Unica. Entonces, como ahora, no estuvo demasiado claro el alcance que había de darse al término⁴⁵ ni cuáles sus diferencias con las expresiones "aproximación de legislaciones" o "coordinación" de las mismas, que aparecían dispersas en el articulado del Tratado. Ahora, además, se acude también a los conceptos de "cohesión" económica y social y "homogeneización" de normas. La doctrina más autorizada señaló en su momento que la armonización normativa significaba un paso más de la simple coordinación y aproximación, prácticamente identificada con la *equivalencia en la protección*, al menos en sus resultados económicos⁴⁶. El art. 118 A del Tratado de Roma, de seguirse esta interpretación, contendría un verdadero mandato de procurar la equivalencia de las legislaciones sociales de los Estados miembros, mediante directivas.

Esta tarea legislativa de armonización habría de llevarse a cabo en las materias indicadas en el 118 A. Es decir, en lo que se refiere a las condiciones del "medio de trabajo". La noción es también difusa y perturbadora para conseguir los objetivos de cohesión social propuestos. De ahí que el Informe Beretta pusiera ya de relieve la necesidad de concretar los espacios en que debe traducirse la armonización⁴⁷. Sobre esta noción y, en general, sobre el ámbito de aplicación del art. 118A, se elaboró un Informe por la Comisión de Asuntos Sociales y Empleo del Parlamento Europeo⁴⁸.

El Informe establece que el art. 118A es ambiguo y poco preciso, debido a que su redacción definitiva fue fruto de negociaciones difíciles en las que se intentó tener en cuenta posiciones muy dispares. En especial, la noción "medio de trabajo" presenta graves dificultades definitivas. Se señalan

(45) Sobre las dificultades definitorias, cfr. RIBAS, J.J. *La Politique Sociale des Communautés Européennes*. Dalloz et Sirey. Paris, 1969. págs. 283 a 288. Es significativo el texto de CRESPO, S.: "En esta materia la incertidumbre supera a la certeza, y la claridad apenas gana espacio a las sombras que un concepto escasamente definido proyecta. Es éste un tema sobre el que existen puntos de vista muy dispares". "Algunas reflexiones..." cit. pág. 11.

(46) Cfr. VALTICOS, N. *Droit International...* cit. págs. 148 y 149 y LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A. *Droit Social International...* cit. págs. 190 y 191. La misma interpretación en RODRIGUEZ-PINERO, M. "La declaración de Derechos Sociales Comunitarios (I)". *Relaciones Laborales*. 1989. núm. 20. pág. 2. Las diferentes expresiones utilizadas en el Tratado, antes de su reforma, pueden comprobarse en los arts. 3; 100; 101; 102 y 117, entre otros.

(47) Cfr. Doc. 6/87. cit.

(48) En *Política Social...* cit. Doc. 6/88. págs. 291 a 301. Su ponente fue la Sra. Heinke Salisch.

la, no obstante, que es una traducción de la expresión danesa "arbejdsmiljø", la cual, en el derecho danés, es muy amplia y dinámica. Comprende no sólo la seguridad y la salud en el trabajo, sino también medidas referentes a las condiciones de trabajo, la organización del mismo, aspectos psicológicos, etc. De ahí que, si se sustentase otra interpretación más restrictiva, limitando su significado a la mera seguridad física de los trabajadores, el Acta Unica Europea no habría introducido ningún adelanto respecto a la situación anterior⁴⁹.

De aceptarse el planteamiento jurídico anterior, la armonización de normas habría de ser, necesariamente, una tarea compleja. Exigiría que se realizaran estudios comparativos de las condiciones de trabajo de los distintos países y se procediera a aceptar, al menos, un grupo de derechos laborales básicos para toda la Comunidad Económica Europea. La realización de esos estudios comparativos se impulsó en los Consejos Europeos de Hannover y Rodas⁵⁰.

En realidad, en este tema, se entremezclan dos modelos posibles de armonización. Por un lado una armonización maximalista, esencialmente formal y normativa, que trataría de utilizar medidas reguladoras a nivel comunitario. Tal enfoque, sin embargo, debilita sensiblemente los márgenes de autonomía que el art. 118B reconoce a los interlocutores sociales. Otra posibilidad, minimalista, más respetuosa con las singularidades de las legislaciones nacionales, procuraría evitar todo intervencionismo comunitario en aquellos aspectos en los que no existiera un amplio acuerdo de los Estados implicados y los agentes sociales. En este caso, se respetaría el art. 118B del Tratado de Roma pero, por la vía de los hechos, se reduciría sensiblemente el mandato armonizador del art. 118A⁵¹. De ahí que los expertos comunitarios optaran por una fórmula a medio camino entre los dos modelos.

El nuevo método previsto establece que un sistema europeo de relaciones profesionales debe partir de la búsqueda del consenso y la negociación entre las dos partes sociales, a las que corresponde el papel fundamental en esta tarea. Diálogo que debe conducir a acuerdos vinculantes comparables a los que se establecen a nivel nacional. A partir de ese marco convencional tendría que surgir la base necesaria para que se procediera a la elaboración de un "cuerpo de disposiciones sociales mínimas", entre las que destacarían el derecho de todo trabajador a estar cubierto por un convenio colectivo, la definición de formas flexibles de empleo y contra-

(49) *Ibid.* págs. 298 y 299. El informe estaba avalado por el apoyo de cuatro juristas: los Srs. Daubler, De Caterini, Blanpain y Dupeyroux, expertos internacionales en Derecho comunitario y en Derecho Laboral, respectivamente, durante la audiencia pública organizada por la Comisión de Asuntos Sociales y Empleo el 22 de junio de 1988 sobre el tema. *Cfr.* pág. 300.

(50) *Cfr.* las conclusiones de estos Consejos en materia social, en *Política Social...* cit. Doc. 9/88, pág. 341 y Doc. 10/88, pág. 343.

(51) *Cfr.* los dos enfoques en el Informe del Grupo Interservicios de la Comisión, presidido por el Sr. Degimbre, sobre la "Dimensión Social del Mercado Interior". *La Política Social...* cit. Doc. 16/88, págs. 399 a 549, en espec. 474 a 478. Un breve comentario al mismo en RODRIGUEZ-PINERO, M. "La dimensión social... (I)". cit. págs. 6 a 10.

tos de trabajo tipo y atípicos, así como una decisión sobre la formación profesional permanente⁵².

La fórmula armonizadora descrita es, sin duda, la mejor entre las posibles. Pero los principales encargados de ponerla en práctica —sindicatos y empresarios— hacía tiempo que estaban paralizados. No habían logrado ponerse de acuerdo, ni siquiera, sobre qué ámbitos de negociación dialogar, ni qué eficacia otorgarle a los acuerdos adoptados.

VI.3. Posiciones empresariales y sindicales

Para la *Confederación Europea de Sindicatos*, la armonización normativa y, en general, todo el estudio de la dimensión social del mercado único, ha de ser el resultado de dos vías complementarias: el diálogo, que debe dar lugar a compromisos reales, y la actividad normativa de las Comunidades, que debe conducir al establecimiento de un zócalo de derechos laborales básicos e indisponibles. Con ello se lograría la construcción de un verdadero Derecho Común Europeo del Trabajo. En consecuencia, la CES elaboró en 1988 dos documentos de singular importancia: el titulado "Realización del Espacio Social Europeo en el Mercado Interior" y una "Carta Comunitaria de Derechos Sociales y Fundamentales"⁵³.

Con tales medidas de intervención se lograría un marco legislativo que asegurara un mejor nivel de protección contra los riesgos de "dumping social" y unos medios complementarios para la representación de los intereses de los sindicatos a nivel europeo⁵⁴. La rapidez que se dieron los sindicatos para presentar una propuesta de Carta Comunitaria de Derechos Sociales es, en este sentido, muy significativa.

Las *asociaciones de empresarios*, en especial UNICE, son, sin embargo, contrarias a toda intervención legislativa que conduzca a la construcción de un cuerpo de Derecho Comunitario del Trabajo. En sus intervenciones ante el Parlamento Europeo abogaron por el "respeto del principio de subsidiariedad, lo que significa —en sus palabras— que no debe hacerse a nivel comunitario lo que puede hacerse mejor a cualquier otro nivel"⁵⁵. Motivo de rechazo bastante interesado si consideramos que tampoco se acepta una negociación a nivel sectorial que conduzca a compromisos vinculantes⁵⁶.

Lo que reflejan estos planteamientos es, en definitiva, la existencia de dos modelos posibles de construcción del espacio social. De una parte, un

(52) Cfr. *Ibid.* págs. 487 a 495 y 8 y 9, respectivamente.

(53) En *Política Social...* cit. Doc. 7/88. Parte I. págs. 303 a 316 y Doc. 8/88, págs. 331 a 339. Un resumen de sus aportaciones en GOMIS, P.L. "El espacio social..." cit. págs. LXXVIII a LXXX.

(54) Cfr. Doc. 7/88 cit. págs. 303 y 304. Se señala también que las dos vías de intervención indicadas han de desarrollarse de forma complementaria en cuatro niveles: comunitario, sectorial, nacional y regional. págs. 307 y ss.

(55) En *Política Social...* cit. Doc. 12/88. Parte II. Declaración en la audiencia de la Comisión Social del Parlamento Europeo sobre la "Dimensión Social del Mercado Interior", los días 28 y 29 de noviembre de 1988. pág. 384. Texto también cit. en GOMIS, P.L. "El espacio social..." cit. pág. LXXXI

(56) Cfr. Doc. 12/88. cit. pág. 385.

modelo intervencionista, rígido, de normas mínimas inderogables y, de otro, un modelo flexible, desregulado, propugnador de reducciones de los niveles de protección legal, dejando que sea el libre juego de la autonomía de la voluntad quién se encargue de las relaciones laborales. De ahí que se niegue también la negociación colectiva a niveles superiores y se prefiera, por parte empresarial, una estructura descentralizada⁵⁷. Este debate, que se puede observar también en los diferentes países de la CEE por separado, especialmente desde los años de la crisis económica, tiene una fuerte carga ideológica y esconde intereses de grupo muy fuertes. Va a ser difícil, en consecuencia, llegar a realizaciones (normativas o pactadas) que comprometan futuras estrategias. Los empresarios, sin embargo, tienen en sus manos las mejores posibilidades de hacer triunfar sus posiciones, ya que las medidas legislativas conducentes a liberalizar el mercado se están realizando, mientras que las correctoras de los desajustes que éstas provoquen están paralizadas. Les basta con seguir frenando los avances en materia social por la vía de poner de manifiesto sus dificultades, destruyendo, en suma, cualquier iniciativa social pues sin su consentimiento no se puede llegar a ningún avance.

VII. El Mercado Unico sin dimensión social

VII.1. La inhibición institucional

La postura de la Comisión respecto al espacio social quedó reflejada en el documento presentado por su vicepresidente, Manuel Marín, en septiembre de 1988, sobre la "Dimensión Social del Mercado Interior"⁵⁸. Se trata de un documento de compromiso, motivado por las fuertes oposiciones de la patronal y de algunos Estados miembros a toda política de armonización⁵⁹. En él se señala que "los temores de 'dumping social' generalizado son totalmente infundados", y se cuestiona la importancia de lograr una homogeneización normativa en materia laboral⁶⁰. De hecho, se anuncia que las medidas legislativas a tomar por la Comisión vendrán referidas casi exclusivamente a la seguridad e higiene en el puesto de trabajo. Incluso la propuesta de aprobación de una Carta Comunitaria de Derechos Sociales se limitaría a ese contenido⁶¹. Ello, como puede recordarse, significa rechazar una interpretación extensiva del art. 118A del Tratado de Roma y aceptar una postura de no intervención legislativa, dejando el desarrollo del amplio campo de medidas sociales pendientes al libre juego de los acontecimientos futuros.

(57) El modo de plantear el problema desde la perspectiva empresarial puede verse en SAN-CHEZ FIERRO, J. "Introducción". CEOE. La Europa de los doce... cit. págs. 14 y 15.

(58) Doc. 11/88. cit. págs. 345 a 381. Un comentario al mismo en RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La dimensión social... (II)" Relaciones Laborales. 1989. núm. 2. págs. 1 a 7.

(59) Cfr. HUERTAS BARTOLOME, T. "La dimensión social..." cit. pág. 328.

(60) Cfr. Doc. 11/88. cit. págs. 356 y 357.

(61) Ibid. págs. 367 a 373.

El Parlamento Europeo había tenido oportunidad de manifestar su rechazo a esa política de inhibición. Así, en Resolución de 21 de enero de 1988, se expresaba en los siguientes términos: "se insta a la Comisión a que, junto a la configuración del mercado interior, dé también forma al correspondiente espacio social europeo" y se señala al Consejo que, "al no haberse aprobado todavía las propuestas pendientes relativas al ámbito social, las perspectivas de futuro del Mercado Común se presentan extraordinariamente inseguras y comprometida la voluntad política respecto al objetivo de la cohesión económica y social"⁶². Esos reproches, dirigidos a la Comisión y al Consejo, los concreta el Parlamento en determinados ruegos. Así, se insta a que se intensifique el dialogo social y se presenten cuanto antes medidas legislativas concretas como las dirigidas a regular el derecho de sociedades, derecho de información y consulta de los trabajadores, modificaciones de la jornada de trabajo, reformas sobre cualificaciones profesionales, previsión social, etc..⁶³

Por su parte, el vicepresidente de la Comisión, en su intervención ante el Parlamento, el 27 de octubre, respondió a esas acusaciones señalando que "no se puede pretender que los instrumentos (normativos) comunitarios desconozcan la realidad política y democrática en cada país (...). En consecuencia, está excluido por parte de la Comunidad que intentemos uniformizar unas relaciones jurídicas y de derecho cuando las propias sociedades son libres para darse su propia dimensión en este campo (...). En este sentido, son las partes sociales las que tienen que solventar sus contradicciones (...)" no pudiendo "establecer la Comisión mediante ordenes, reglamentos o directivas, algo que tienen que realizar los propios interlocutores sociales"⁶⁴. Se acepta, por tanto, un planteamiento más pragmático, pero también menos progresivo, que coincide en sus líneas básicas con el enfoque empresarial de la cuestión y, con ello, se vuelve a poner de relieve por la vía de los hechos que se piensa respetar el principio de subsidiariedad en toda tarea de armonización de normas. En definitiva, se vuelven a adoptar los principios y modos de actuación que llevaron al olvido de la política social comunitaria años atrás. Por esa vía, además, se estaba desobedeciendo al mandato del art. 118A del Tratado.

La respuesta del Parlamento a ese modo de plantear la cuestión se expresa claramente en otra Resolución referida a los procedimientos de información y consulta de los trabajadores en las empresas. El Parlamento se opuso radicalmente a la decisión unilateral del Consejo de congelar la dis-

(62) Resolución aprobada el 21 de enero de 1988. En DOCE C49, de 22 de febrero, págs. 118 y ss. También en Política Social... cit. Doc. 22/88. Pág. 674 y ss.

(63) Cfr. Ibid. pág. 675.

(64) Acta de Sesiones. Estrasburgo, 27 de octubre de 1988. En Política Social... cit. Doc. 26/88. Parte II. págs. 738 y 739. Los temas a que se refería el Sr. Marín eran la cuestión de la Sociedad Europea, el diálogo social y los modos de participación en la empresa. Las palabras citadas en el texto, no exentas de cierto apasionamiento, pueden completarse con las siguientes: "Les ruego, por favor, que no insistan en valorar el trabajo político de una Comisión por el hecho de que se presenten o no ante el Consejo de Ministros 10, 30, 100 ó 300 directivas. Esa no es forma de resolver los problemas". Ibid. pág. 739.

cusión del proyecto de Directiva sobre el tema y recordó que es necesario que se aprueben medidas legislativas concretas sobre la base del 118A del Tratado. Se aprovechó, además, la ocasión para pedir a la Comisión que se elabore urgentemente una Directiva marco sobre la función de los interlocutores sociales en la realización del mercado interior contribuyendo, así, a que el art. 118B sea un instrumento de progreso en materia social y no, como estaba ocurriendo, el principal obstáculo para el mismo⁶⁵.

VII.2. La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales

Con la situación bloqueada en cuanto a medidas sociales se refiere, España entró a ocupar, por primera vez en su historia, la presidencia de las Comunidades. Los objetivos fijados para los seis meses que duraría el mandato se encuentran bien definidos en la intervención del Ministro de Asuntos Exteriores, Francisco Fernández Ordóñez, ante el Parlamento Europeo, el 17 de enero de 1989. Señaló que era propósito español tratar de potenciar los aspectos sociales del mercado interior avanzando en el proceso de armonización de los ordenamientos jurídico-laborales de los Estados miembros, a cuyo fin se hace preciso establecer objetivos concretos que permitan llegar a la constitución de un acervo social comunitario. Para ello, además de otro tipo de medidas, se pretende avanzar en la definición de una *Carta Comunitaria de Derechos Sociales* que establezca una base de derechos para los trabajadores⁶⁶.

La Comisión, tras comprometerse con los interlocutores sociales a someter a consulta el proyecto de Carta que se elaborara⁶⁷, solicitó del Comité Económico y Social la elaboración de un dictamen sobre el tema⁶⁸. De ese dictamen pueden resaltarse varias ideas: a) que no se trata de crear nuevas normas, sino de tener en cuenta las ya establecidas y aceptadas en otros niveles (ONU, OIT, Consejo de Europa, etc.)⁶⁹; b) que esas normas no pueden trasladarse a la Comunidad sin valorarse, con carácter previo, las nuevas necesidades que plantea el mercado interior (doble objetivo económico y social) y c) que ha de tratarse de derechos sociales fundados en el modelo de sociedad existente en todos los Estados miembros⁷⁰. De ahí que se proponga una lista de derechos, entre los que cabe destacar la libertad

(65) Cfr. *Ibid.* Parte III, págs. 742 y 743.

(66) Cfr. *Ibid.* Doc. 1/89, pág. 750.

(67) Compromiso al que se llegó en una reunión con los interlocutores sociales (UNICE, CES y CEEP), el 12 de enero de 1989. Sobre su alcance y significado, cfr. GOMIS, P.J. "El espacio social..." cit. págs. LXXXVI y LXXXVII.

(68) Vid. CES (89) 270, de 22 de febrero de 1989 y Política Social... cit. Doc. 4/89, págs. 781 a 796. Un comentario al mismo en RODRIGUEZ-PINERO, M. "La declaración de Derechos sociales...(I)". cit. págs. 4 a 7.

(69) Un breve examen comparativo entre el Título III del Tratado de Roma ("Política Social") y las disposiciones de este tipo contenidas en los Convenios de la O.I.T.: PHILIP, C. *Normes Internationales du travail: universalisme ou regionalisme?* Bruxelles, 1978, págs. 119 y ss. Queda reflejada la imprecisión y excesiva generalidad del programa de la CEE.

(70) Cfr. Doc. 4/89, cit. págs. 783 y 784.

sindical, la negociación colectiva, la intervención de los trabajadores en la definición de las condiciones de trabajo, salario libremente negociado, la formación profesional, protección del trabajo infantil, vacaciones anuales, descanso semanal, seguridad e higiene en el trabajo, servicios gratuitos de colocación, etc.⁷¹.

Otro aspecto destacable del Dictamen es la calificación jurídica del instrumento que contenga estos derechos. El Comité Económico y Social consideró importante no calificarlo jurídicamente mediante una terminología del derecho internacional clásico (como Carta, Tratado, Convenio o Pacto), sino utilizar instrumentos y procedimientos previstos en el Tratado de Roma. De no hacerse así, advierte, se estaría considerando la política social comunitaria como algo que sólo tiene un interés secundario en la realización del mercado interior, a diferencia de las medidas desarrolladas en materias económicas, monetarias e industriales⁷².

La Comisión no tuvo en cuenta la advertencia del Comité Económico y Social y preparó un Anteproyecto de "Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales"⁷³, que fue sometida a discusión en el Consejo de Ministros de Asuntos Sociales de 12 de junio de 1989, para su posterior adopción como Declaración solemne del Consejo Europeo. El texto, que necesitaba para ser aprobado unanimidad, obtuvo diez votos favorables, una abstención, la de Dinamarca, y un voto en contra, del Reino Unido. La Cumbre de Madrid (26 y 27 de junio) no pudo por ello adoptar ninguna decisión relevante al respecto y concluyó con una simple referencia al tema en las conclusiones de la Presidencia. Se afirmó que el Consejo se ha limitado a tomar nota de la presentación del Anteproyecto, de que éste ha sido objeto de un primer debate y a decidir que prosigan los trabajos con vistas a adoptar las medidas necesarias para realizar la dimensión social del mercado único, teniendo en cuenta los derechos sociales fundamentales. A tal fin -señala- se debería indicar claramente la función que desempeñarán tanto las normas comunitarias, como las normativas nacionales y las relaciones convencionales⁷⁴.

Esta última decisión —sobre necesidad de delimitar las funciones entre los distintos instrumentos normativos— respondía a una clara deficiencia del Anteproyecto. Ya advirtió el Dictamen del Comité Económico y Social que "los instrumentos y procedimientos previstos en el Tratado son los que deben utilizarse para garantizar el respeto de los derechos sociales fundamentales"⁷⁵. La utilización de un instrumento normativo de este tipo

(71) El Dictamen fue realizado por un subcomité integrado por representantes empresariales y sindicales y otros grupos (profesionales liberales, pequeñas y medianas empresas, organizaciones de consumidores, etc.). Se aprobó por 135 votos a favor, 22 en contra y 8 abstenciones. Votaron en contra los grupos británicos de empleadores y de intereses diversos, tres empleadores españoles, dos portugueses y un luxemburgués. Cfr. *Ibid.* págs. 793 a 796 y HUERTAS BARTOLOME, T. "La dimensión..." cit. pág. 332.

(72) Doc. 4/89. cit. pág. 789.

(73) Texto en COM (89) 248, 30 de mayo de 1989.

(74) Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La Declaración de Derechos Sociales...(II)". *Relaciones Laborales*. 1989. núm. 21. págs. 4 y 5.

(Carta o Declaración de Derechos Sociales) es ciertamente extraño a las Comunidades y no encuentra apoyo posible en el Tratado de Roma. De ahí que, entre otras consecuencias, no pueda quedar sujeta automáticamente a la garantía jurídica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ni en lo que atañe a su posible incumplimiento por parte de los Estados, ni por anulación de medidas nacionales contrarias al mismo, ni, por último, en cuanto a la posibilidad de planteamiento por los jueces nacionales de cuestiones prejudiciales de interpretación de la Carta⁷⁶. Junto a ello, quedaría como un instrumento incompleto. Se colocaría a un nivel intermedio entre el respeto a las diversidades nacionales en materia laboral y la necesidad de adoptar determinadas normas comunitarias de armonización en materia social. La Carta, de aprobarse, necesitaría siempre de intermediación legislativa o, en su caso, de contratación colectiva, lo cual permite constatar que su utilización en el marco comunitario trata de crear obligaciones entre los Estados miembros en la forma clásica de los convenios internacionales de trabajo,⁷⁷ y no de generar derechos inmediatos en los ciudadanos comunitarios⁷⁷.

Todas estas cuestiones eran suficientemente graves para que pasaran desapercibidas al Parlamento Europeo. Así, en Resolución sobre el Consejo Europeo de Madrid, lamenta la actitud del Reino Unido, que ha impedido la aprobación inmediata de medidas de progreso en la dimensión social y pide que se adopte la Carta Comunitaria, con los *instrumentos jurídicos vinculantes*, sin cuya adopción el mercado interior no se realizará. Pide en particular que se adopten con urgencia todas aquellas directivas congeladas de momento por el Consejo y se fomente la participación de los interlocutores sociales⁷⁸.

Por tanto, frente a la creencia generalizada de que con la aprobación de la Carta iba a cerrarse un ciclo importante en la construcción de la Europa Social, hay que poner de manifiesto las insuficiencias del propio instrumento elegido. El art. 118A del Tratado impone armonizar la normativa de los países miembros por la vía de la aprobación de disposiciones mínimas. Huelga decir que si estas disposiciones no tienen fuerza vinculante directa e indiscutida no se estarán cumpliendo los objetivos marcados⁷⁹. Las deficiencias indicadas van a reproducirse también en los Proyectos posteriores de Carta Comunitaria.

Tras los resultados de la Cumbre de Madrid, en julio de 1989, se reu-

(75) Doc. 4/89. cit. pág. 789.

(76) Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La Declaración de Derechos Sociales...(II)" cit. págs. 3 y 4.

(77) Ibid. pág. 3. La dificultad de determinar con claridad la vinculabilidad prevista en el Anteproyecto se pone de manifiesto en el Título II.

(78) Cfr. DOCE C 233, de 27 julio 1989. pág. 56.

(79) Respecto a las deficiencias terminológicas del anteproyecto y, especialmente, sobre la confusión que generaba la utilización de expresiones como "proclamación", "derechos fundamentales" y "derechos sociales", que pertenecen a campos y contextos distintos en el plano jurídico: cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La Declaración de Derechos Sociales...(II)". cit. págs. 1 a 3.

nieron informalmente en Auxerre, bajo presidencia francesa, los ministros de Empleo y Asuntos Sociales de la CEE. Allí se acordó la creación de un grupo "ad hoc" para examinar, en estrecha relación con la Comisión, la Carta y elaborar un texto unánimemente aceptable en la reunión del Consejo Social del 30 de octubre⁸⁰. Fruto de los trabajos de ese grupo se elaboró un segundo *Proyecto de Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales*⁸¹, igualmente deficiente en cuanto a su eficacia y vinculabilidad, pero que contenía ciertos avances sociales que merecen destacarse: se contemplaban diversos supuestos de "dumping social" y se preveían los medios para su posible compensación (arts. 5 y 6)⁸²; la necesaria fijación de salarios mínimos, especialmente a nivel de salario base y el establecimiento de normas que permitan garantizar un salario de referencia equitativo entre los trabajadores sujetos a contrataciones atípicas (art. 8); la fijación de la duración máxima de la jornada laboral, también en lo que respecta a las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido (art. 10); la posibilidad de establecer relaciones convencionales a escala europea (art. 15); el establecimiento de sistemas de información, consulta y participación de los trabajadores, especialmente en las empresas o grupos de empresas que tengan establecimientos situados en varios Estados miembros y, en particular, cuando se introduzcan cambios tecnológicos, reestructuraciones o fusiones, despidos colectivos y quiebra (arts. 20 y 21). Se establecían también diversas medidas tendentes a asegurar una renta mínima para las personas jubiladas o en situación de prejubilación, ajustada y completada por una asistencia social adaptada a sus necesidades (arts. 27 y 28), etc.

El texto del Proyecto de principios de octubre fue sometido a Dictamen de la Comisión de Asuntos Sociales y Empleo⁸³ pero, antes de que se elaborara, la Comisión de las Comunidades lo reformó profundamente. Este último Proyecto, que fue presentado el 30 de octubre al Consejo de Ministros⁸⁴, lleva por título "*Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*". Como puede observarse, la denominación es más amplia y refleja bien los recortes a que se ha sometido el proyecto anterior. En efecto, si en aquél el conjunto de medidas estaban referidas, en la mayoría de los casos, a todos los ciudadanos comunitarios, en éste sus destinatarios principales son los trabajadores⁸⁵. A ese recorte subjetivo hay que añadir otros, no menos importantes, referidos al conteni-

(80) Cfr. Europe-Entreprises. Juillet, 1989. R. II. págs. 1 y 2.

(81) COM (89) 471 final, de 2 de octubre 1989.

(82) Establecían la protección social a todos los trabajadores comunitarios que ejerzan un empleo no temporal en un Estado miembro que no sea su país de origen, en particular en la adjudicación de contratos públicos o por subcontratación, en condiciones idénticas a las que se reconozcan a los trabajadores del país de acogida: cfr. Europe-Entreprises. Août-septembre, 1989. R. II. págs. 1 a 4.

(83) Cfr. PE DOC A 3-69/89, de 9 de noviembre 1989.

(84) El texto en Relaciones Laborales. 1989, núm. 22. págs. 91 a 98.

(85) Cfr. la diferencia entre los arts. 1; 2; 13; 18; 27 y 28 del Proyecto de principios de octubre, con los arts. 1; 2; 10; 15 y 24 del Proyecto definitivo, de 30 de octubre.

do de los derechos: a) se eliminan las referencias a los supuestos de "dumping social" contenidas en los arts. 5 y 6 del Proyecto anterior; b) no aparece ya el término "salarios mínimos", sino que se habla de "justa remuneración", de salarios "equitativos" y "suficientes" (art. 4); c) se evitan también las expresiones "jornadas de duración máxima" y se introduce la lacónica expresión de "acercamiento de la duración y distribución de la jornada" (art. 7)⁸⁶; d) en cuanto al diálogo social europeo, se supedita su alcance, en la línea del art. 118B del Tratado, a la libre voluntad de los interlocutores (art. 12); e) se mantiene lo previsto respecto a los sistemas de información y consulta de los trabajadores, pero desaparece la referencia obligada a los casos de quiebra (art. 18) y f) la protección social de los jubilados no se concreta en una "renta mínima", sino en "recursos suficientes" (art. 25). En definitiva, "los redactores del Proyecto han evitado cuidadosamente en la mayor parte de los casos cualquier tipo de precisión jurídica, utilizando una imprecisión calculada, dejando, a través de su ambigüedad y de su elasticidad, un amplísimo margen tanto para su desarrollo normativo como para su eventual interpretación jurídica"⁸⁷.

En cuanto a la aplicación de la Carta, el Título II consagra el principio de subsidiariedad. Se dispone que la garantía de los derechos y la plena aplicación de las medidas sociales introducidas corresponden a la responsabilidad de los Estados miembros conforme a las prácticas nacionales, en especial por medio de la legislación interna y los convenios colectivos (art. 27). En lo que respecta al grupo de derechos que en su aplicación son competencia de la Comunidad, se encarga a la Comisión a que presente "lo antes posible"⁸⁸ las iniciativas para adoptar los instrumentos jurídicos pertinentes (art. 28). Se desaprovecha la oportunidad de establecer un listado claro de cuáles son esos derechos. La Comisión también elaborará anualmente un informe sobre la aplicación de la Carta por los Estados miembros y la Comunidad, que será transmitido al Consejo Europeo, al Parlamento y al Comité Económico y Social (arts. 29 y 30).

La Comisión hacía ya unos meses que venía preparando un documento sobre el programa de acción para la puesta en práctica de la Carta⁸⁹, a fin de que pudiera presentarse en el Consejo Europeo de Estrasburgo. Efectivamente, el programa de aplicación se presentó junto con la Carta⁹⁰. La

(86) Es significativo que no se acuda a la expresión "armonización". Cfr. Supra. VI. 2.

(87) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. "La declaración de Derechos Sociales... (III)". Relaciones Laborales. 1989. núm. 22. págs. 1 a 7. Este texto y el del mismo título (y IV), del núm. 23, realizan un análisis completo del último Proyecto.

(88) En el proyecto de principios de octubre se señalaban plazos concretos: antes del 31 de diciembre de 1989 había de presentarse el Programa de Acción y un conjunto de instrumentos conexos.

(89) Cfr., por ejemplo, Europe-Entreprises. Novembre, 1989. R. II. págs. 1 y ss. y COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. Note d'information. P-67. Bruxelles, 20 novembre, 1989.

(90) Vid el texto en COM (89) 568 final, de 5 diciembre 1989. Comunicación de la Comisión sobre su programa de acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

nota informativa de la Cumbre del 8 y 9 de diciembre no puede ser, sin embargo, más breve en cuanto a estas cuestiones. En ella se dispone que "los Jefes de Estado y de Gobierno de *once* países miembros han adoptado la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores" y "se toma nota de que la Comisión ha elaborado un programa de acción sobre la aplicación de la Carta e insta al Consejo a que delibere sobre sus propuestas, a la vista de la dimensión social del Mercado interior y respetando las competencias nacionales y comunitarias"⁹¹.

VII.3. Perspectivas de futuro

La adopción de la Carta por los países de la Comunidad, a excepción del reino Unido, es un paso importante. Sin embargo, las insuficiencias señaladas sobre su contenido y la dificultad de interpretación del reparto de competencias para su desarrollo pueden convertirla en inútil. El futuro de la Carta, y con ella de todo el bloque de medidas sociales, dependerá precisamente del Programa de acción y su puesta en práctica. De momento, habrá que esperar a las deliberaciones del Consejo sobre el mismo para, después, volver a hacerlo, quizá por más tiempo, en cuanto a las realizaciones legislativas a nivel comunitario. La historia de la Política Social de las Comunidades, que brevemente he intentado describir, debe completarse con instrumentos jurídicos claros en cuanto a su vinculabilidad y aplicación. Por ahora, la Europa de rostro social sigue siendo todavía un objetivo.

(91) Europolitique. "Conseil Européen des 8 et 9 decembre 1989 (Strasbourg)". 11 decembre 1989. núm. 1548 bis. págs. 6 y 7

EL CONCEPTO PENAL DE FUERZA ARMADA*

Eduardo Calderón Susín

Resumen.- El estudio de los requisitos que figuran el concepto de fuerza armada establecido en el artículo 235 bis del Código Penal Militar, se completa con el análisis de determinados supuestos particulares, no otros que aquellos posiblemente subsumibles en aquel concepto, evidenciándose que, además de la pobreza y descuido técnicos en la formulación de los tipos, la regulación vigente ofrece una distorsionada protección penal de la fuerza armada, fruto de una política legislativa poco clara y coherente.

Introducción

La protección penal de las funciones del centinela y en general de la legalmente denominada "fuerza armada", vino cubierta, en nuestro ordenamiento jurídico, por las leyes penales militares, con lógica consecuencia de atribuir el conocimiento de las infracciones correspondientes a la Jurisdicción militar.

Esa tradicional y privativa regulación de la ley penal militar ha quebrado desde la entrada en vigor, el uno de junio de 1.986, de la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, "de modificación del Código Penal y de la Ley Orgánica 8/1.984, de 26 de diciembre, en correlación con el Código Penal Militar", consecuente a la cual se ha incrustado en el texto común un nuevo artículo, el 235 bis, que castiga diversos comportamientos si el que los sufre merece la calificación de fuerza armada; el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 14/1.985, explicando las razones del acarreo desde el código de Justicia Militar al Código Penal de algunas de las infracciones en aquel instaladas, viene a reconocer que lo esencial estriba en la sustracción de las mismas a la competencia de la Jurisdicción militar; por ello, tal Preámbulo, se inicia indicando que "la próxima aprobación del Código Penal Militar hará desaparecer de su contenido determinados tipos delictivos que venía recogiendo hasta el presente el Código de Justicia Militar. En consecuencia, a fin de evitar que se produzca la discriminación de estas conductas que merecen reproche, y que serán competencia de la Jurisdicción ordinaria, es necesario que hasta tanto se apruebe el futuro Código Penal que las recogerá sin duda, se incorporen con carácter transitorio al vigente Código Penal"¹

(*) Trabajo elaborado para el libro homenaje al Profesor Rodríguez Devesa, aparecido en 1989

(1) La transitoriedad de la incorporación fue una afirmación un tanto gratuita y que hoy en día, pasados ya más de tres años, ni se ha cumplido ni tiene visos de hacerlo, aunque la más que conveniencia de un nuevo Código Penal parezca evidente; ciñiéndonos a lo que aquí interesa, desde luego ni el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, ni la Propuesta de

No obstante la inserción en el texto penal común del artículo 235 bis², con la dicha secuela competencial, el vigente Código Penal Militar, promulgado mediante la Ley Orgánica 13/1.985, también de 9 de diciembre, otorga asimismo protección al servicio de armas prestado por los militares, al recoger en su artículo 85 determinados ilícitos contra el centinela, sirviéndose de un concepto extensivo de esta figura³ y construyendo el tipo con sujeto activo indiferenciado, además de castigar conductas parejas, aunque descritas asimétricamente, a las contempladas en el artículo 235 bis del Código Penal, cuando el que las lleva a cabo es militar, o, incluso no mediando tal condición en el sujeto activo, si los hechos se perpetran en tiempo de guerra⁴; de esta manera el artículo 85 del texto militar deja casi sin contenido al artículo 235 bis del Código Penal.

Circunscritas las presentes líneas al estudio del sujeto pasivo de la acción en todas estas figuras delictivas, o más concretamente, al concepto legal de fuerza armada, me remito a otros lugares en cuanto a la dogmática de los correspondientes delitos⁵.

Desde los comienzos de la presente codificación penal militar se ha incluido en nuestras leyes, no ya sólo la protección penal de la fuerza armada, sino un concepto de la misma, arrancando del Código Penal del Ejército de 1.884⁶ pasando por el Código Penal de la Marina de Guerra de

Anteproyecto de un nuevo Código Penal publicada a finales de 1983 por el Ministerio de Justicia, recogían todas las conductas previstas en esta Ley Orgánica 14/1985

(2) Dice el artículo 235 bis del Código Penal: "El que maltratase de obra a fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será castigado con la pena de prisión menor en los grados medio o máximo. El que, en iguales circunstancias, hiciere resistencia grave a fuerza armada, se le impondrá la pena de prisión menor en sus grados mínimo o medio. El que, en las circunstancias del párrafo primero, desobedeciere órdenes en fuerza armada se le impondrá la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas".

Termina el artículo dando una definición de fuerza armada, que es el objeto de las presentes líneas.

(3) En su artículo 11.

(4) Establece el artículo 85 del Código Penal Militar: "El que desobedeciere o se resistiere a obedecer órdenes del centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión. En tiempo de guerra o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de dos a diez años en ambos casos. Si el maltrato fuere efectuado con armas se impondrán las penas respectivamente señaladas, en su mitad superior; si se causaren lesiones graves será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si se ocasionare la muerte se impondrá la pena de quince a veinticinco años. En tiempo de guerra será castigado, en ambos supuestos, con la pena de veinte a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

En las mismas penas incurrirá el militar que, en tiempo de paz, maltrate de obra o desobedeciere órdenes de fuerza armada, y todo aquel que, en tiempo de guerra, cometa este delito".

(5) Sobre el artículo 85 del Código Penal Militar, ver MORALES VILLANUEVA, Antonio, "Comentarios al Código Penal Militar", coordinados por R. Blecua Fraga y J.L. Rodríguez-Villasante, Civitas, Madrid 1988, capítulo XLVIII ("delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar"), pag. 975 y ss.

En relación al artículo 235 bis del Código Penal, además de los manuales de la Parte Especial de Derecho Penal, CALDERON SUSIN, Eduardo, "La protección penal de determinada fuerza armada", en "Comentarios a la Legislación Penal", dirigidos por M. Cobo del Rosal, Ederasa, Madrid 1989, pag. 541 y ss.

(6) Eran los artículos 181 a 185 los que se ocupaban de esta gama de delitos, señalando el último de ellos que "para los efectos de los anteriores artículos, se considerarán como fuerza armada los individuos de la Guardia Civil y de Carabineros, o de cualquier otro Instituto análogo sometido a las leyes militares, estando con sus armas y uniformes en actos del servicio que tengan obligación de prestar o con ocasión de él". Ver, UGARTE, Javier, "Código Penal del Ejército", tomo II, imprenta J. Quesada, Madrid 1885, pag. 353 y ss.

1.888⁷ y el de Justicia Militar de 1.890⁸, para, ya desde el de 1.945⁹, llegar a nuestros días en el vigente Código Penal Militar, ahora, eso sí, coincidiendo con un concepto paralelo en el artículo 235 bis del Código común.

En este último, tras describir determinadas conductas antijurídicas en las que puede ser paciente la fuerza armada¹⁰, se desarrolla, a modo de interpretación auténtica, un concepto a cuyo tenor se entienden por tal a "los militares que, vistiendo de uniforme y portando armas, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado"; proposición construida con poca fortuna gramatical y que, en cuanto a su contenido, ha sido objeto de juicios encontrados.

Así, mientras hay quien mantiene que "el contenido del concepto se

(7) Se contenía esta serie de delitos en los artículos 276 a 279, estableciéndose en este último: "para los efectos de este capítulo (el dedicado al insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada) se considerarán como fuerza armada los individuos de las brigadas de guardias de arsenales o de cualquier otro instituto análogo sometido a las leyes militares de Marina, estando con sus armas y uniformes en actos del servicio que tengan obligación de prestar con ocasión de él".

(8) Eran los artículos 253 a 258 los referentes a este grupo de delitos, de los que el 257 daba por supuesto el concepto de centinela y de fuerza armada, haciendo, eso sí, una extensión de los mismos; decía así: "Se considerará centinela, para los efectos de los artículos anteriores, el encargado del servicio telegráfico militar, y el imaginaria en el ejercicio de sus funciones dentro del cuartel. Se reputa asimismo fuerza armada a toda pareja encargada de la conducción de pliegos y órdenes". El artículo 7.º reputaba fuerza armada "a los individuos del Ejército en actos del servicio de armas, o con ocasión de él, y a los de la Guardia Civil y Carabineros, siempre que vistan sus uniformes reglamentarios y presten servicio propio del Instituto, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la Autoridad Civil, administrativa o judicial". Ver CONSEJOS D'OCÓN, Antonio, "Código de Justicia Militar" imprenta F. Doménech, Valencia 1895, págs. 217, 218, 219, 390 y 391.

(9) En su redacción originaria el artículo 312 señalaba: "Para los efectos de este Código se reputará fuerza armada a los individuos de los Ejércitos en actos de servicio de armas o con ocasión de él, y a los de la Guardia Civil, siempre que vistan sus uniformes reglamentarios y presten servicio propio de su Instituto, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la autoridad civil, administrativa o judicial". Asimismo se reputará fuerza armada a los individuos de los Cuerpos o Institutos militarmente organizados cuando así lo dispongan sus leyes orgánicas y además cuando presten servicio en las circunstancias previstas en el artículo anterior en estado de guerra o a las órdenes de las autoridades militares". El artículo 313 extendía la consideración de centinela al encargado del servicio militar de transmisiones y al imaginaria en el ejercicio de sus funciones dentro del buque, cuartel o establecimiento militar. Ver, por todos, GARCÍA SANTOLALLA, José Luis, voz "Instituto a centinela, salvaguardia o fuerza armada", en la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo XIII, Barcelona 1968, pág. 163. De ellos sufrió modificación el artículo 312 que, mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre (dictada con la general finalidad de una urgente y transitoria adecuación del Código de Justicia Militar a la Constitución), y para adaptarse a la regulación que, respecto de la Guardia Civil y demás fuerzas de orden público, derivaba en la ley 55/1978 (de 4 de diciembre, de la Policía), quedó así: "A los efectos de este Código se reputará fuerza armada a los individuos que en acto de servicio de armas, o con ocasión de él y vistiendo el uniforme reglamentario presten servicios propios de las Fuerzas Armadas, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la autoridad civil, judicial o administrativa. Asimismo se reputará fuerza armada: 1.º El comandante y la dotación de un buque de guerra en navegación dentro de las aguas jurisdiccionales españolas y además, en alta mar, respecto de los buques mercantes de bandera española y su tripulación; 2.º El comandante y dotación de una aeronave militar en vuelo en el espacio aéreo de soberanía española, además de en los espacios aéreos no estatales respecto de la tripulación y pasaje de las aeronaves privadas o comerciales de matrícula española; 3.º Los miembros de los Cuerpos e Instituciones militarmente organizados, cuando así lo dispongan sus Leyes Orgánicas u otras leyes especiales".

(10) Ver anterior nota (2).

halla delimitado adecuadamente¹¹, no falta quien lo tilda de "confuso"¹² o piensa que sería deseable una construcción dogmática unitaria para evitar significaciones distintas según el lugar donde lo emplee el legislador¹³.

Por otra parte, es el artículo 10 del Código Penal Militar donde también se define la fuerza armada; y lo hace de modo muy similar al ya visto en el Código Penal¹⁴, si bien conteniendo específicas referencias a la Guardia Civil, como ocurre además en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/1.986, de 13 de marzo, "de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad"; además el propio Código Militar ofrece un concepto de centinela y hace alusión a la Policía Militar como sujeto pasivo de la acción en los tipos de injusto vertidos en el artículo 86; Policía Militar de la que se ocupan, en lo que aquí interesa, el artículo 408 del Real Decreto 2945/1.983, de 9 de diciembre, "por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra", y sus concordantes de las de la Armada (artículo 580 del R. D. 1024/1.984, de 23 de mayo) y del Ejército del Aire (artículo 451 del R. D. 494/1.984, de 22 de febrero).

Todos estos mimbres deberán ser utilizados para lograr una cabal comprensión del concepto legal de fuerza armada; a tal fin debe procederse no sólo al análisis de los elementos establecidos tanto en el artículo 235 bis del Código Penal como en el 10 del Militar, sino también, una vez efectuado este, al estudio de determinados supuestos particulares que pueden restringir el concepto.

2. Análisis de los elementos normativos que configuran el concepto

Los artículos 10 del texto militar y 235 bis del común coinciden sustancialmente, salvedad hecha de la inexplicable diversa construcción sintáctica y de la expresa alusión que aquel hace a la Guardia Civil.

Se exige para la consideración legal de fuerza armada la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- a) ser militar
- b) vestir de uniforme
- c) portar armas

(11) Así, VIVES ANTON, Tomás S., en "Derecho Penal. Parte Especial" (de COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTON, T.S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGÜER, E. y CARBONELL MATEU, J.C.), 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1988, pág. 154, donde, además, alude a "su defectuosa sintaxis".

(12) Para ROJAS CARO, José, "El fuero procesal de los miembros de la Guardia Civil", en núm. 517-518 (oct-nov. 1987) de la Revista General de Derecho, pág. 5746 y ss.

(13) Según MORALES VILLANUEVA, ob. cit., págs. 262 y 263.

(14) Dice: "a los efectos de este Código se entenderá que constituyen fuerza armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución".

d) prestar un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado.

Examinemos pues estos requisitos, de los que, adelante, pueden plantear problemas sobre todo los dos últimos.

2.1. Ser militar

Fuerza armada únicamente pueden serlo los militares; para determinar quienes lo son, hay que acudir a la Ley 85/1.987, de 28 de diciembre, "de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas", donde se hace referencia genérica al militar, en especial a partir del artículo 26, para aludir, desde el artículo 49, a los diversos "niveles de jerarquía militar", empezando por el marinero o soldado; no se ofrece, sin embargo, un concepto general o determinado.

No obstante, en estas Reales Ordenanzas parece haberse inspirado el Código Penal Militar¹⁵, cuyo artículo 8º prescribe que se entenderá que son militares "quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma, y concretamente, durante el tiempo que se hallen en cualquiera de las situaciones de actividad y de las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:

1º. Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.

2º. Con carácter obligatorio, se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallan prestando el servicio en filas.

3º. Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas Militares.

4º. Presten servicio activo en las escalas de complemento y de Reserva Naval como aspirante a ingresar en ellas.

5º. Con cualquier asimilación militar presten servicios al ser movilizadas o militarizadas por decisión del gobierno"¹⁶

Nada obsta a que nos sirvamos de este concepto aunque la Ley donde se inserta diga que se entenderá "a los efectos de este "Código", porque, como se ha dicho, está basado en lo prescrito por las Reales Ordenanzas y, además, debido a la idea de elemental congruencia del ordenamiento jurídico, porque alimenta a otro concepto, el de fuerza armada, que si bien se define tanto en la ley militar como en la común, es idéntico, de modo que, si en la definición del artículo 10 del Código Penal Militar forma parte de la misma su artículo 8º, lo mismo debe concluirse en relación al artículo 235 bis del Código Penal.

(15) En el mismo sentido, MORALES VILLANUEVA, "Comentarios al Código Penal Militar", ob. cit. pág. 283.

(16) Ver la exégesis de este precepto en: MARTINEZ-CARDOS RUIZ, Leandro, "Comentarios al Código Penal Militar", ob. cit., pág. 215 y ss.

Por otra parte, no importa entrar aquí en el estudio del intrincado mundo de las escalas y situaciones militares, ni de la vidriosa categoría del militar profesional, puesto que el concepto de fuerza armada viene integrado por otros requisitos que delimitan por sí el círculo de militares que puedan ser calificados de fuerza armada.

En otro orden de ideas, nada impide que un solo militar pueda ser calificado de fuerza armada, aunque en las definiciones legales se utilice el plural, si los demás requisitos, del concepto a examinar a continuación, concurren en un militar aislado.

2.2. Vestir de uniforme

Para reputar fuerza armada al militar se necesita que vista de uniforme, entendiéndose por este el vestido peculiar y distintivo que utiliza como tal¹⁷; ha de ser precisamente el que requiera la prestación del servicio que va a otorgarle la cualidad de fuerza armada, viniendo establecido, cuál sea en concreto, de modo reglamentario y, en ocasiones, incluso en las normas de régimen interior u órdenes particulares.

Lo fundamental es que el uniforme otorga la apariencia por la que se da a conocer externamente la condición de militar; lograda esa apariencia o exteriorización, ello bastará para cumplir el requisito, aunque haya incorrecciones formales, cierto desaliño o falte algún elemento, objeto o prenda. Lo esencial es que se capte, por el sujeto activo, que se trata de un militar vestido de uniforme¹⁸, puesto que formando, la exigencia, parte del tipo de injusto, ha de ser abarcado por el dolo.

2.3. Portar armas

Por lo que se acaba de decir, el requisito de que el militar de uniforme, al objeto de considerarse fuerza armada, ha de portar armas, exige además que las lleve de forma perceptible, o sea, a la vista de los demás, externamente; lo que tiene su sentido, ya que, si se le protege penalmente de forma especial y cualificada, es por el hecho de llevar armas¹⁹.

El punto polémico del requisito consiste en determinar la clase de armas que exige el precepto, si sólo las de guerra, o las de fuego, o incluso basta que se trate de armas blancas (machetes) u otras de defensa (porras, toletes).

La doctrina está dividida, pues mientras para algún autor "es indife-

(17) "Por establecimiento o por concesión" (según dice el Diccionario de la Real Academia, en la acepción 4ª de la voz "uniforme").

(18) Como pont de reliev MORALES VILLANUEVA, "La exigencia de uniforme es debida a la exteriorización de su condición de militar, y aunque su uso es obligatorio en todo acto de servicio, en algunos casos la Autoridad Militar puede dispensar de su utilización (artículo 188 de las Ordenanzas). En esos supuestos carecerá de la protección debida a la fuerza armada" (en "Comentarios al Código Penal Militar", ob.cit.; pág. 263).

(19) En el mismo sentido MORALES VILLANUEVA, ob. cit. pág. 263.

rente o no que sean de guerra o de defensa"²⁰, otros las circunscriben precisamente a las de guerra²¹.

Indudablemente no cabe en este punto trasvasar criterios interpretativos establecidos respecto de otros preceptos, cual por ejemplo el artículo 506, 1º del Código Penal, según los cuales debe entenderse por armas todo instrumento idóneo para la agresión o para la defensa, en especial las armas de fuego y las blancas; ello, el no trasvasar, es obvio, pues la razón de la agravación, para quienes comenten el delito portando armas, estriba en el potencial peligro y en la mayor facilidad de realización del hecho punible, mientras que en el artículo 235 bis es la víctima la que lleva las armas, razón por la que se le protege penalmente de forma enérgica.

La solución, a mi entender, viene dada por el hecho de que en los artículos 235 bis del Código Penal y 85 del Código Penal Militar se tutelan los servicios de armas prestados por militares, y estos, según el artículo 16 del Código punitivo castrense, son "todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza..."; de tal forma, cualquier arma que precise portar el militar para desarrollar el servicio, servirá al fin de conceptuarle de fuerza armada; por ello habrá de ser un arma que esté catalogada como tal para el cumplimiento de las misiones encomendadas a los ejércitos; normalmente serán armas de fuego, pero cabe también que se trate de cualquier otra clase de arma reglamentaria.

La aludida postura de circunscribir las armas, a las que se hace mención en los artículos 10 del Código Penal Militar y 235 bis del común, únicamente a las de guerra²², se fundamenta en lo dispuesto para la Policía Militar, Naval y Aérea en las Ordenanzas particulares de cada uno de los Ejércitos, donde a los miembros de aquellas, en el ejercicio de sus funciones, se les otorga "el carácter de agentes de la autoridad", salvo que, por la índole del servicio que presten, porten armas de guerra, en cuyo caso "tendrán el carácter de fuerza armada"²³.

Sin perjuicio de que quizás tal postura fuera, "lege ferenda", más lógica y coherente, generalizar a toda la fuerza desde unas normas reglamentarias, y además especificadas para unas categorías determinadas, no parece correcto; el tratamiento específico de la Policía Militar, que se deduce asimismo del artículo 86 del Código Penal Militar, es una decisión político criminal inspirada, según parece, en el hecho de que los miembros de aquella, en su patrullar cotidiano y normal por las vías públicas, tienen un roce constante, no sólo con otros militares, sino con los paisanos, que, de derivar a un ataque o menosprecio a su función, se estima no alcanza la enti-

(20) Para ROJAS CARO, ob. cit. pág. 264.

(21) Así MORALES VILLANUEVA, ob. cit., pág. 246.

(22) Según el Reglamento de Armas vigente (Real Decreto 2.169/1981, de 24 de julio) se consideran armas de guerra: a) las que tengan dispositivo ametrallador o automático; b) las pistolas o revólveres a que puede adaptarse un culatín; c) las que el Ministerio de Defensa considere como tales armas de guerra. El artículo 258 del Código Penal ofrece también una catalogación de las armas de guerra que no coincide exactamente con aquella.

(23) Como ya se ha dicho en el apartado introducido, se trata de los artículos 408 de las Orde-

dad y reprochabilidad suficientes para entrar en el tipo agravado, o semi-gravado, que se establece respecto de la fuerza armada en general; de ahí que sólo se la proteja como tal cuando porten armas de guerra, esto es si desarrollan una misión de mayor envergadura a la simple de policía callejera.

2.4. Prestar servicio

Finalmente para que al militar, uniformado y visiblemente armado, se le repute fuerza armada, ha de prestar un servicio legalmente encomendado a la Fuerzas armadas y que reglamentariamente les haya sido ordenado.

Para apreciar la concurrencia del dolo en el sujeto activo bastará normalmente que conozca la condición de militar uniformado y armado de la persona a la que desobedece o ataca, pero, si en un militar no concurre este otro requisito, le faltará el carácter de fuerza armada y por lo tanto no podrá realizarse alguno de los hechos del artículo 235 bis del Código Penal (o 85 del Código Penal Militar).

El Proyecto del Gobierno tan sólo exigía la prestación de un servicio reglamentariamente ordenado²⁴; y en efecto la idea clave se encuentra en el concepto de servicio; de nuevo las definiciones del Código Penal Militar pueden ser utilizadas; así, su artículo 15 entiende como actos de servicio "todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos"²⁵.

Por lo tanto la consideración de fuerza armada vendrá otorgada a aquellos militares que para cumplir, dentro de sus funciones, un específico cometido, precisen para ello vestir el uniforme e ir con el armamento reglamentario.

La doble, y expresa, exigencia, de que el servicio esté legalmente encomendado a las Fuerzas Armadas y de que hay sido reglamentariamente ordenado, hay que entenderla como redundancia a lo ya dicho; el que haya sido reglamentariamente ordenado lo conlleva todo servicio, en tanto que por ello se presta.

Lo que se pretende es reforzar la idea de que deben cumplirse una serie de requisitos de competencia, forma y contenido, cuando el servicio en cuestión los exija; de todas maneras debe tenerse en cuenta que se engloban en el requisito no sólo los mandatos concretos, personales y directos, sino también las órdenes generales²⁶.

nanzas del Ejército de Tierra (R.D. 2945/1983, de 9 de noviembre), 451 de las del Ejército del Aire (R.D. 494/1984, de 22 de febrero) y 580 de las de la Armada (R.D. 1024/1984, de 23 de mayo).

(24) También en la definición de fuerza armada del Proyecto de Código Penal Militar.

(25) "Y que legalmente les corresponda", según apostilla también añadida al Proyecto del Gobierno. El artículo 16 del Código Penal Militar define, a efectos penales, el servicio de armas y no constituye sino una especificación del concepto general del artículo 15; sin embargo como contiene un concepto expansivo del servicio de armas, extendiéndolo a supuestos en que ni se precisa llevar armas, no tiene exacta correlación con el concepto de fuerza armada.

(26) Respecto de los primeros se contiene su definición en el artículo 19 del Código Penal Mili

El requisito de que se trate de un servicio "que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas", fue añadido al Proyecto originario en el Pleno del Congreso de los Diputados, aceptando un bloque de enmiendas a varios preceptos, tanto del Código Penal Militar como de la denominada "Ley puente"²⁷, con la explicación de que así se lograba "una mayor precisión" y se evitaban "terminologías equívocas"²⁸; lo que se ha logrado sin duda es una tautología, por cuanto en el artículo 15 del Código Penal Militar el servicio supone, por definición, un específico cometido que "legalmente les corresponde" (a los militares), y ya en este mismo artículo 15 entiendo que es redundancia, pues el concepto de servicio lleva implícito que toda actuación del militar sea conforme a derecho.

En último extremo, so pena de dejar vacío de contenido el concepto de fuerza armada, hay que entender el inciso en cuestión por referencia a las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas en el artículo 8º de la Constitución y que están desarrolladas de forma general en las Reales Ordenanzas, de modo que la exigencia de que el servicio esté legalmente encomendado se cumplirá siempre que estas y las demás leyes ofrezcan una "cobertura legal del servicio", aunque esté desarrollado en Reglamentos²⁹.

3. Examen de determinados supuestos particulares

Examinados los requisitos que establece el artículo 235 bis del Código Penal en orden al concepto que ofrece de fuerza armada, es preciso, para acabar de aprehenderlo, efectuar el análisis de determinados supuestos particulares que pueden restringirlo, acotando así el ámbito de aplicación de los tipos acuñados en el precepto.

En esta línea conviene hacer expresa y separada referencia a los centinelas, a los guardias civiles y la Policía Militar, con una última alusión a los demás militares y otros Cuerpos e Institutos Armados, así como, por recuerdo histórico, a las llamadas "salvaguardias".

tar", ob. cit., pág. 346 y ss., en especial las 352 y 353, donde me refiero también a las órdenes generales). Con relación al requisito que se comenta, creo que en la misma línea que la expuesta, MORALES VILLANUEVA, mantiene que "el cumplimiento de estos servicios conlleva unos requisitos en cuanto a la forma adecuada en que la orden ha de interpretarse, la competencia de quien la da y la relación de dependencia de quien la recibe" (ob. cit. pág. 246).

(27) La Ley Orgánica 14/1985.

(28) En efecto el adverbio "legalmente" se introdujo así en una serie de preceptos (artículos 10, 15, 19, 53, 56 y 70 del Código Penal Militar y 135 bis a), 135 bis c), 135 bis d) y 235 bis del Código Penal) en virtud de enmiendas presentadas por el Diputado Rodríguez Sahagún. Sobre el mecanismo y debate parlamentario de esta innovación a los Proyectos del Gobierno, ya me he ocupado en otro lugar (comentando el artículo 19 del Código Penal Militar, en "Comentarios al Código Penal Militar", ob. cit., págs. 346, 347, 358, 359 y 360). Concretamente, respecto de este artículo 235 bis del Código Penal, era la enmienda 27 presentada, en el Congreso, al proyecto de "Ley Puente".

(29) Más extensamente, ver mi comentario al artículo 19 del Código Penal Militar citado en la nota inmediatamente anterior (págs. 358 a 360).

3.1. Los centinelas

Respecto del centinela dice textualmente el artículo 11 del Código Penal Militar que "a los efectos de este Código se entenderá que es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los Centros o estaciones en que sirven, durante el desempeño de sus cometidos u observadores visuales de los mismos espacios".

Sin necesidad de entrar en un análisis pormenorizado³⁰, y, dejando aparte la extensión que se hace del concepto a diversas categorías de operadores³¹, es obvio que los principales servicios de armas los desempeña el centinela, bien en la acepción más primigenia de guardar un puesto cumpliendo una consigna, bien más extensivamente en cuanto tienen la misma consideración, a efectos penales, las patrullas de las guardias de seguridad; en ambos casos nos encontramos con una especificación de la fuerza armada, puesto que, de no existir el concepto de centinela, los que se consideran tales, entrarían en aquella categoría.

Como quiera que los primeros párrafos del artículo 85 del Código Penal Militar establecen la protección penal del centinela, construyendo unas tipologías con sujeto activo indiferenciado (no constreñida al militar), habrá que convenir la especialidad material de estas figuras respecto de las de su párrafo tercero, y además también la especialidad formal en relación al artículo 235 bis del Código Penal, que quedaría desplazado en un concurso aparente de leyes³²; ello aunque pueda, en muchos casos particulares, derivar en penas más benignas que si se aplicara el artículo 235 bis, lo que no significa sino una clara distorsión del sistema, ya que ha sido tradicional la más enérgica protección penal del centinela, tanto por la soledad del mismo, como por la relevancia de su misión³³.

2.2. Los miembros de la Guardia Civil

Los miembros de la Guardia Civil, vistiendo uniforme y prestando

(30) Ver su exégesis, por MORALES VILLANUEVA, ob. cit., pág. 267 y ss.

(31) Que suponen la actualización de supuestos extensivos ya previstos desde hace tiempo. Ver notas 8 y 9.

(32) QUERALT JIMÉNEZ, aunque en principio afirma que en el concepto de fuerza armada quedan incluidos los centinelas y los miembros de la Policía Militar (pág. 160), lo que comparo, afirma más adelante (pág. 161) que "si el centinela recibe los ataques será el Código Penal Militar y la jurisdicción militar quienes entren en juego" (En "Derecho Penal Español. Parte especial", volumen II, Librería Bosch, Barcelona 1987).

(33) La distorsión apuntada parece querer corregirse con una extraña regla competencial introducida en el Proyecto de Ley Procesal Militar, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 15 de abril de 1988 (serie A, núm. 791). En él se con

servicio propio del Instituto, tuvieron, desde el origen del Cuerpo en 1.844, la consideración de fuerza armada a efectos de protección penal³⁴, de modo ininterrumpido, hasta que la Ley 55/1.978, de 4 de diciembre, "de la Policía", les sustrajo de tal calificación; hasta entonces las estadísticas penales militares, en lo que se refiere a delitos contra fuerza armada, estuvieron prácticamente copadas por infracciones cuyos sujetos pasivos (de la acción) eran componentes del Benemérito Instituto³⁵.

La dicha Ley de 1.978, en su artículo 5º, mantuvo el fuero militar de la Guardia Civil "salvo en lo que se refiere a los delitos que se cometan contra sus miembros en el ejercicio de las funciones señaladas en esta Ley, de cuyo conocimiento será competente la Jurisdicción Ordinaria".

El artículo 235 bis del Código Penal no menciona expresamente a la Guardia Civil; en cambio, sí lo hace el artículo 10 del Código Penal Militar, que, a la definición de fuerza armada, añade la coletilla de: "... así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución".

De esta manera quedaba diferida la cuestión a una ley posterior, que se promulgó poco tiempo después³⁶; fue la vigente Ley Orgánica 2/1.986, de 13 de marzo, "de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", cuyo artículo 7.3 dispone que la Guardia Civil sólo tendrá consideración de fuerza armada en el cumplimiento de misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Comparando ambos preceptos, el Código Penal Militar y el de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, se ha dicho que hay un peloteo de normas que genera una oscura antinomia³⁷.

tiene una disposición adicional quinta que pretende redactar el artículo 12, 1ª de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de junio, "de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar", en el sentido de que "salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la jurisdicción militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal Común les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará este". Tal previsión ha pasado, cuando esto se escribe, el trámite del Congreso de los Diputados, cuyo Pleno del día 15 de diciembre de 1988 aprobó el proyecto sin modificación alguna de la transcrita disposición adicional. Una vez más, de convertirse en ley, cual con probabilidad habrá ocurrido cuando estas líneas vean la luz ya impresas, se mezclarán indebidamente, con repercusiones prácticas, creo que imprevistas, los planos de la competencia con los estrictamente penales (de concurso aparente de normas). Todo es debido a algo que difícilmente tiene solución técnica: de una parte a la postura de adscripción de la competencia de la jurisdicción militar con el único criterio del delito y de otra al hecho de haber adelantado unos criterios de política criminal (cual por ejemplo el de la benignificación de las penas privativas de la libertad) en una ley especial, el Código Penal Militar, a la promulgación de un nuevo Código Penal común.

(34) Las Reales Ordenes de 7 y 9 de octubre de 1878 recuerdan y enfatizan el carácter de fuerza armada de los componentes de la Guardia Civil; y a partir de la codificación penal, procesal y substantiva, militar se hizo expreso hincapié en tal carácter (ver notas 6, 8 y 9).

(35) Incluso durante la 2ª República; basta ver la jurisprudencia de la Sala Militar, del Tribunal Supremo, que funcionó hasta 1936.

(36) Aunque curiosamente entró en vigor antes que el Código Penal Militar y la "Ley Puente", dada la larga "vacatio legis" de estas.

(37) Ver ROJAS CARO, ob. cit., pág. 630.

Sin duda, hubiera sido deseable una mayor claridad.

Con todo, del análisis del ordenamiento jurídico, debe sentarse como presupuesto la naturaleza militar de la Guardia Civil³⁸ y en consecuencia, la condición de militares que tienen sus miembros, en este momento³⁹.

Siguiendo la orientación esquemática de este trabajo, centrándonos en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cabe sintetizar que los guardias civiles tienen a efectos de protección penal una triple y distinta consideración:

a) La de agentes de la autoridad, en el ejercicio de sus funciones policiales (artículo 7.1).

b) La de autoridad, "cuando se comete delito de atentado, empleando en la ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física". (artículo 7.2)⁴⁰.

c) La de fuerza armada, como ya se ha dicho, "en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico" (artículo 7.3).

El sistema no es precisamente sencillo, y, en lo que aquí interesa, conviene establecer cuáles son esas misiones de carácter militar.

Siguiendo al especialista en esta materia⁴¹, cabría considerar como

(38) "De lege lata" me parece incontrovertible, a pesar de que la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dé a veces la impresión de que se esté haciendo "encaje de bolillos": son militares en los delitos especiales propios del Código Penal Militar, igualmente a los efectos de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y la propia Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad reitera la "naturaleza militar" del Instituto (artículos 7, 8, 9, 13, 14 y 15) aunque el Preámbulo de la misma sea un tanto equívoco (en su apartado III, b, si bien al principio de ese mismo apartado se alude a la fundamentación directa en el artículo 104 e "indirecta en el artículo 8º de la Constitución"). Recientemente la Orden (del Ministerio de relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno) de 20 de mayo de 1988, "de reorganización de la Dirección General de la Guardia Civil" (Boletín Oficial del Estado núm. 124 de 24 de mayo), estructura tal Dirección General en congruencia con la naturaleza militar del Benemérito Instituto. El Proyecto de Ley de la Función Militar, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, del día 16 de febrero de 1989, serie A, núm. 108-1) sienta de modo tajante la condición de militar de la Guardia Civil (artículos 1º.3 y 4º), de modo que si entra en vigor quedará despejada cualquier duda; de cualquier manera lo que traerá consigo es la ineludible toma de postura por las Cortes Generales, siendo previsibles unos enconados debates al respecto. No obstante, y aunque desde la legalidad vigente, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha sentado que los guardias civiles son militares a los efectos del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y del Código Penal Militar, lo que puede resultar definitivo es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, del que pende, según noticias, asunto en que va a tener que afrontar la cuestión. Otra cosa es que, desde antiguo, venga preconizándose, por algún sector, la desmilitarización "de lege ferenda"; ver, en ese sentido, dentro de los estudios más recientes: BALLBE, Manuel, "Orden jurídico y militarismo en la España Constitucional (1812-1983)", Alianza Universidad, Madrid 1983 (en especial págs. 480 y ss.); y LOPEZ GARRIDO, Diego, "El aparato policial en España", Ariel, Barcelona, 1987. Y también que, tomando algún precepto de nuestro ordenamiento jurídico en forma aislada y con un apoyo constitucional sesgado, se llegue a concluir la naturaleza no militar de la Guardia Civil. Como adalid del carácter militar de la Guardia Civil cabe considerar a MORALES VILLANUEVA (ver bibliografía que el mismo cita, ob. cit., pág. 270). Ver nota (58).

(39) En contra QUERALT, ob. cit., pág. 630.

(40) Recuerda en cierto modo aquella regulación referente a la Policía Armada. luego Nacional, cuyos miembros, hasta la Ley 55/1978, tenían a efectos penales, la consideración de fuerza armada en los "insultos de obra y actos de violencia" que se les infringía.

(41) MORALES VILLANUEVA, ob. cit., págs. 265, 976 y 977.

misiones militares de la Guardia Civil en tiempo de paz, la custodia de costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros o instalaciones que lo requieran cuando se efectúen bajo las directrices emanadas del Ministerio de Defensa; también la conducción de presos por disposición o condena de Jueces y Tribunales militares; asimismo tendrían carácter de fuerza armada los guardias civiles que presten servicio de protección de centros e instalaciones y dependencias de las Fuerzas Armadas (v. gr. en la actualidad, entre otros, en el Ministerio de Defensa y en el edificio del Estado Mayor de la Defensa); finalmente habrá que considerar fuerza armada a los guardias que prestan servicios en sus propios acuartelamientos⁴².

No obstante, y de ahí que sentara como presupuesto la condición militar del guardia civil, cuando en las mencionadas misiones actúen como centinelas, en el significado del artículo 11 del Código Penal Militar, deberá considerárseles, a efectos penales, de tal cualidad; y, si sólo ostentan la de fuerza armada, será de aplicación el artículo 235 bis del Código Penal, caso de que el sujeto activo sea paisano, mientras se incurrirá en el delito del párrafo 3º del artículo 85 del Código punitivo castrense, si el agresor o desobedeciente es militar (o, lo que lo incluye, otro guardia civil).

Por tanto, cuádruple consideración.

¿Todo esto es lo que pretendía el legislador?

3.3. La Policía Militar

Régimen específico tiene también la Policía Militar.

En el artículo 86 del Código Militar se castiga como delito especial propio del militar, el maltrato de obra y la desobediencia a los miembros de la Policía Militar "en su función de agentes de la autoridad".

Su consideración, a efectos penales, había ya sido establecida, de modo reglamentario⁴³, pues, como ya se dijo⁴⁴, los componentes de la Policía Militar, en el ejercicio de sus funciones, tendrán el carácter de agentes de la autoridad; salvo que, por la índole del servicio que presten, porten armas de guerra, supuesto éste en el que se les considerará fuerza armada⁴⁵.

Tal vez generalizar esta postura respecto de todos los servicios de armas, cual ya apunté, sería lo más claro, lógico y coherente, y convendría re-

(42) Ver las distintas argumentaciones en la bibliografía citada en la nota anterior (41); respecto del último supuesto, ver QUERALT, ob. cit., pág. 630.

(43) De ahí que quepa considerarla como una ley penal en blanco, con todos los problemas de constitucionalidad que ello conlleva.

(44) Ver nota (23).

(45) Queda superado pues, y demuestra lo movedizo e inseguro del sistema, el Acuerdo del Pleno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 28 de diciembre de 1981 en el sentido de que "la Policía militar cuando lleva armas de fuego el carácter de fuerza armada a todos los efectos penales... Por el contrario cuando no está de servicio o, por la índole de éste, no lleve más que la defensa de goma, no tiene tal carácter, pero sí el de agentes de la Autoridad..." La Simple dotación de una pistola, ordenado por cualquier mando, puede cambiar el carácter de quién la porta, a efectos penales.

tocar en este sentido todas las definiciones pertinentes el Código Penal Militar.

De todas formas, debe tenerse en cuenta que, so pena de atormentar aún más el sistema, esta regulación de la Policía Militar cabe entenderla a los efectos de los artículos 235 bis, 236 y 237 del Código Penal, y, además, que, en todo caso, los miembros de la Policía Militar tendrán la consideración de centinelas, cuando, por el servicio que presten, reúnan los requisitos que se prevén en el artículo 11 del Código Penal Militar. Triple posible condición, a efectos penales, de los policías militares.

3.4. Los militares en general

El resto de los militares, que no quepa encuadrar en las anteriores categorías (incluida la del centinela), no tienen protección penal específica; en modo alguno ello significa que, de menoscabarse el ejercicio de su servicio o función, o si se les ataca en consideración al mismo, tal menoscabo o ataque quede impune por ser atípico,

Deberá distinguirse según se reúna la cualidad de Autoridad o no.

De tratarse de una Autoridad militar (lo que tendrá que determinarse, no sólo conforme a la definición o concepto que ofrece el artículo 119 del Código Penal, sino también siguiendo las especificaciones o concreciones que efectúa el artículo 9º del Código Penal Militar)⁴⁶, los artículos 87 y 88 de este último texto castigan los atentados, resistencias y desacatos a las autoridades militares en tiempo de guerra y, en todo caso, como delito especial propio del militar⁴⁷; en tiempo de paz, la protección de las autoridades militares frente a los atentados, resistencias, desobediencias y desacatos, de que sean objeto por paisanos, queda encomendada a la Jurisdicción ordinaria que aplicará los tipos correspondientes del Código Penal, relativos a las autoridades en general, sin calificativo alguno.

Cualquier otro militar deberá ser considerado, según las circunstancias, funcionario público o agente de la autoridad, pues, incluso los que prestan su servicio militar en filas con carácter obligatorio, tienen clara cabida en la consideración que establece el párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal, ya que "por disposición inmediata de la ley" participan del ejercicio de funciones públicas⁴⁸.

(46) Donde se definen, por el sistema de lista o repertorio, quienes se entiende que son Autoridades militares "a los efectos de este Código".

(47) Sobre esta especialidad de la ley militar, todavía se construye, incomprensiblemente, otra, la de los artículos 186 y 187 del Código Penal Militar que contiene delitos de atentado o de ejercicio de violencia o de coacciones contra miembros de los Tribunales Militares de Justicia o Auditores, Jueces, Fiscales y Secretarios de procedimientos judiciales militares en el desempeño de las respectivas funciones o con ocasión de ellas; y también (el artículo 187) la de desacato y desobediencia contra los Tribunales o Jueces Militares; delitos todos ellos cuyo sujeto activo es indiferenciado o indeterminado, pudiéndose pues cometer por persona no militar.

(48) Otra cosa sería que tuviéramos que ceñirnos al vidioso y controvertido concepto administrativo del funcionario público, en cuyo caso los conscriptos o requisados, y alguna otra categoría, tendrían difícil encaje. La extensión y autonomía de la consideración penal que hace el artículo 119 del texto punitivo, abarca sin duda a todo militar, aunque específicamente no

De esta suerte, el ataque que sufra por parte de cualquier paisano, deberá ser cubierto por el Código Penal como si de funcionario público o de agente de la autoridad se tratara; si es otro militar el que produce el ataque, la cobertura vendrá dada por la ley penal castrense, o la disciplinaria, según los casos; en estas se prevén diversas infracciones, sobre todo protegiendo al superior del inferior y viceversa, quedando la ley penal común como subsidiaria para los supuestos que la militar no abarque.

3.5. Otros cuerpos o institutos armados

Respecto de otros Cuerpos o Institutos Armados que no tienen carácter militar, desde la entrada en vigor de la Constitución nada que ver tienen con lo militar; ello ha quedado remachado por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

No obstante, caso de ser sus componentes militarizados o movilizados por decisión del Gobierno⁴⁹, podrían, si se dan los requisitos establecidos para la consideración de fuerza armada, reputarse como tal.

Declarado el estado de sitio o la guerra, el Decreto que lo establezca o los correspondientes Bandos pueden tener prescripciones relativas a estos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, de modo que incidan en su consideración de fuerza armada⁵⁰.

3.6. Las denominadas salvaguardias

Ya las ordenanzas de Carlos III para el Ejército, de 1768, protegían a las llamadas salvaguardias, con la misma, y extrema, contundencia que a los centinelas, de cualquier ataque a las mismas⁵¹.

El Código Penal para el Ejército de 1.884 marcó la pauta a todos los textos posteriores, incluido el de la Marina de Guerra de 1.888, rubricando toda esta gama de delitos con la mención de "insultos a centinela, salva-

nozco haya sido abordada la cuestión (sólo de modo sucinto y muy particularizado. FERNANDEZ AREAL, José Ramón, "Los aretados a los agentes de la Autoridades militares", en número 10 de la Revista Española de Derecho Militar, 1960, pág. 205 a 208). Sobre la consideración en general del artículo 119, puede verse selectivamente: COBO DEL ROSAL, Manuel, "Exámen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal Español", en número 112 de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1962, pág. 213 y ss. (en especial a partir de la 234); y QUERALT, Joan J. "El concepto penal del funcionario público", en número 27 de Cuadernos de Política Criminal, 1985, pág. 477 y ss. De la interpretación que estos y otros autores (en obras de carácter general o centradas en otras cuestiones) efectúan del artículo 119 del Código Penal, ningún obstáculo se deriva para la consideración penal, como funcionario público, del militar. Otra cosa, más bien anecdótica, es la resistencia de algunos militares a ser calificados como funcionarios, y otra, la maraña de situaciones, asimilaciones, consideraciones, equiparaciones y escalas militares, cuyo estudio excede al de este comentario, si bien, como criterio herméutico rector, habrá de tenerse en cuenta, para la consideración penal como militar, el "efectivo ejercicio de funciones militares" y lo dispuesto en el artículo 8º del Código Penal Militar.

(49) Por emplear la expresión del artículo 8.5º del Código Penal Militar.

(50) Con la legalidad anterior a la reforma del Código de Justicia Militar mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, se convertían automáticamente en fuerza armada con la declaración del estado de guerra o por el sólo hecho de prestar servicio a las órdenes de las autoridades militares.

(51) En el artículo 55.

guardia o fuerza armada", parigualando, en los distintos tipos, las dos primeras figuras; la regulación pervivió durante toda la vigencia del Código de Justicia Militar de 1.945.

Sin embargo el Código Penal Militar de 1.985 para nada alude a las salvaguardias.

La tal figura no es fácil de precisar; los Códigos en que expresamente se protegía, no contenían dato definitorio alguno, a pesar de sí hacerse en relación al centinela y a la fuerza armada.

Las aludidas Ordenanzas de 1.768 parecen aludir como salvaguardias a los parlamentarios o comisionados que cruzan por territorio o entre tropas en operaciones⁵²; mientras que en el Reglamento para el Servicio en Campaña, aprobado por la Ley de 5 de enero de 1.882, y que hay que entender formalmente vigente⁵³, se refiere a guardias de protección de lugares neutrales o enemigos⁵⁴.

Debe entenderse que el hecho de haber obviado el legislador toda referencia a las salvaguardias, más que a olvido, parece venir motivado en la innecesariedad de la misma, evitando así la fijación de un concepto difícil de especificar y que recargaría el ya abundante mazo de definiciones que ofrece el Código Penal Militar, cuando lo que podría ser calificado de salvaguardia tiene cabida en el concepto de centinela o, en todo caso, en el de fuerza armada, máxime cuando, operando siempre las salvaguardias en tiempo de guerra, el vigente artículo 85 del Código Penal Militar equipara las penas de los ataques al centinela y a la fuerza armada, de suerte que daría lo mismo calificarlas de una u otra forma.

4. Algunas consideraciones finales

La complejidad que queda manifiesta en lo hasta ahora dicho, unida a la indudable pobreza y descuido técnicos predicables de la construcción de los distintos tipos delictivos plasmados en los artículos 235 bis del Código Penal y 85 del Código Penal Militar⁵⁵, permite afirmar que de la regulación vigente resulta una distorsionada protección penal de la fuerza armada, por lo que, habida cuenta además de la transitoriedad con que fue concebido aquel artículo 235 bis⁵⁶, debe demandarse una línea más clara y coherente de política criminal o legislativa, que se traduzca en unas soluciones técnicas correctas y bien elaboradas.

Al respecto cabe apuntar que las pautas ofrecidas, tanto por el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1.980, como en la Propuesta de

(52) Ver LGARTE, *ob. cit.*, pág. 347.

(53) Aunque muchas de sus previsiones sean palmariamente obsoletas.

(54) Ver GARCIA SANTOLALLA, *ob. cit.*, pág. 163.

(55) Su estudio excede los límites puestos a este trabajo; ver bibliografía citada en nota (5)

(56) De escasa, por no decir nula, aplicabilidad.

Anteproyecto de un nuevo Código Penal de 1.983, ni me parecían claras ni completas.

En el Proyecto de 1.980 se decía que cometerían atentado, además de quienes se dice ahora en el vigente artículo 231, "los que acometieren a un miembro de las Fuerzas Armadas, si el ataque tuviere por causa u origen su condición o actividad militar" (artículo 540-3º). La referencia a miembros de las Fuerzas Armadas ofrecería problemas de delimitación, pero, además, no comprendo porque el atentado se circunscriba al acometimiento, y que para nada se mencionara a los miembros de las Fuerzas Armadas en la resistencia y desobediencia, haciéndolo en cambio en relación a las injurias, calumnias y amenazas (artículo 548). Por otra parte, como quiera que el artículo 30 del Proyecto extendía la misma consideración de funcionario público, al modo que ahora lo hace el artículo 119 del texto en vigor, no veo razón para la específica mención de los miembros de las Fuerzas Armadas, cuando todos los militares son funcionarios públicos, a efectos penales, y algunos pueden ejercer de agentes de la autoridad. Finalmente, la expuesta regulación proyectada en nada prejuzgaba la que pudiera darse en la ley militar respecto del centinela y de la fuerza armada.

La Propuesta de 1.983 seguía parecidos pasos, si bien no reducía el atentado, a miembros de las Fuerzas Armadas, al acometimiento (artículo 467); pero ni los mencionaba en los delitos de resistencia (no grave) y desobediencia (artículo 470), ni tampoco, a diferencia del Proyecto, en los de calumnia, injuria o amenaza (artículo 473). Quitada la extensión del atentado y añadida la reducción del artículo 473, los mismos reproches, que los hechos al Proyecto de 1.980, cabe hacer a la Propuesta⁵⁷.

Lo que debe decidirse es si se considera necesario, o conveniente, seguir otorgando una protección penal más enérgica al centinela y a la fuerza armada, y si ha de ser distinta frente al militar que frente al paisano. Piénsese que, por contestarse afirmativamente, vino teniendo hasta 1.978 la Guardia Civil la consideración de fuerza armada.

La decisión que se adopte debe venir acompañada de soluciones técnicas que eviten, en la medida de lo posible, enojosos problemas de concurso y de participación, así como competenciales.

Cabría otorgar al centinela mayor protección y relegar a la fuerza armada, que no tenga aquella consideración, a la de agente de la autoridad.

(57) La crítica hecha por GARCLA RIVAS me parece desenfocada, por que, ¿cuál es la razón para no ver mermado el ejercicio de la función pública si un militar es acometido o intimidado en el desempeño de sus misiones o cometidos?, ¿es que la Defensa Nacional no es una función pública?. Da a entender además que, si lo que se pretende es dar protección por el hecho de vestir el uniforme, es aplicable la ley penal militar, lo que no queda claro si desconocemos la que resultara tras el nuevo Código Penal; su afirmación de que la mención (a los miembros de las FAS) no tiene un fin político criminal sólido, yo la mantendría cambiando este último adjetivo por el de claro; y su última, en relación al artículo 468, 1º y 2º, no la comprendo (ver GARCLA RIVAS, Nicolás, "Delitos contra poderes y orden públicos", en Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la Propuesta de 1983, números 37/40, enero-diciembre 1983, volúmen II, pág. 498).

Personalmente creo que las nociones de centinela y de fuerza armada deberían refundirse, protegiéndose ésta en el Código Penal Militar, con una homologación de los diferentes tipos a los comunes de atentado, resistencia, desobediencia y desacatos en sentido amplio (precisados también de una remodelación), y dando entrada en la ley militar a algunas faltas penales.

Procedería asimismo fijar sin ambages la naturaleza y condición penal de la Guardia Civil⁵⁸ y desde luego es imprescindible que se desvanezcan los recelos hacia una jurisdicción militar, constitucionalizada, y no sólo en cuanto a su reconocimiento, sino en su configuración y ejercicio.

(58) Ver nota (38). La decisión última depende del pronunciamiento del Tribunal Constitucional; a mi entender, de la Constitución no deriva que la Guardia Civil tenga necesariamente naturaleza o carácter militar, pero tampoco que no pueda tenerlo, y ni siquiera que deba existir; la Constitución deja en manos del legislador ordinario, o no se la impide, optar por cualquiera de tales alternativas.

SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO: UN PUNTO DE VISTA CONCEPTUAL*

Aulis Aarnio

Resumen.- El profesor Aulis Aarnio elabora un estudio del concepto de legitimación para aplicarlo, específicamente, al mundo jurídico. A estos efectos introduce los conceptos de crisis de legitimación y tendencia a la crisis de legitimación, así como sus implicaciones empíricas y conceptuales. Otro aspecto importante está constituido por las relaciones, complejas y multívocas, entre legitimación y racionalidad. Finalmente la tradicional problemática Derecho-Moral aparece a la luz de la reconstrucción racional del razonamiento jurídico.

1.

El lenguaje de la legitimidad del Derecho tiene un significado dual interesante. Normalmente, cuando se habla de legitimidad, se refiere a la legitimidad de una actividad o institución que está determinada por el Derecho. Por ejemplo, puede ser un problema de mecanismo político, de maquinaria administrativa o una decisión individual en la administración de justicia. Los conceptos se usan en esta forma, por ejemplo, cuando preguntamos si es o no legítima la autoridad de cierto gobierno en el estado S.

En esta perspectiva, la legitimidad del Derecho es otra cosa. Cuando esto está en discusión, consideramos el orden jurídico como un todo, o como el resultado del proceso legislativo, o como una ley o una disposición singular. También podríamos restringir el problema a las normas que se desarrollan por medio del Derecho consuetudinario. Por ejemplo, este sería el caso cuando el problema de la legitimidad se trata en conexión con el problema de la desuetudo.

En lo que sigue me ceñiré a examinar el problema de la legitimación principalmente desde esta segunda perspectiva. Esto se debe a que las discusiones en nuestro simposio se centraron especialmente en la legitimidad de las normas jurídicas. Finalmente, lo que estábamos —y estamos— discutiendo es la legitimidad del orden jurídico. Sin embargo, las conclusiones derivadas de esta discusión también pueden aplicarse, *mutatis mutandis*, a un análisis de la legitimidad de las actividades, procedimientos e instituciones.

2.

Kaarlo Tuori ha limitado su análisis del problema de la legitimidad al Derecho moderno. Esta restricción no pretende implicar que no existi-

(*) Publicado en *Ratio Iuris*, vol. 2, núm. 2, en julio de 1989 y traducido por Sebastián Urbina

rían problemas de legitimidad con el Derecho en general, o con el Derecho en el pasado. Esta restricción se hace solamente para enfatizar que el problema de la legitimidad puede ser especialmente agudo en las sociedades post-industriales, como los Estados miembros de la Comunidad Europea y los países nórdicos. Hay muchas razones para esto. La principal es la dinámica de la sociedad (en especial la velocidad del cambio) que ha suscitado un número de problemas que se desconocían en sociedades tan recientes como las de principios de siglo. Naturalmente, el tema de mayor importancia en el desarrollo está conectado con el papel cada vez más importante del Estado en toda la sociedad, y con el nacimiento de los llamados Estados del bienestar.

La discusión sobre la legitimidad del Derecho moderno está, aparentemente, gravada por una ambigüedad sobre la diferencia entre los conceptos de crisis de legitimación y tendencia a la crisis en la legitimación. Las alegaciones a las crisis generalmente contienen declaraciones empíricas acerca del estado de una determinada sociedad y en un tiempo determinado. Si los criterios para definir algo como una crisis están dados, la afirmación puede contrastarse con la ayuda de información empírica que se refiera a la sociedad en cuestión.

A diferencia de esto, un examen de las tendencias de crisis no implica, necesariamente, la afirmación de que existe en una sociedad una crisis de legitimidad. En este sentido, las alegaciones o tendencias de crisis no son básicamente empíricas. Lo que está implicado es un intento de discutir un concepto de sociedad con la ayuda de un análisis de ciertas posibilidades de desarrollo. Si las tendencias como tales se han cumplido o no, no es el problema principal de una análisis de las tendencias.

Por otra parte, también es obvio que las afirmaciones que se refieren a las tendencias de crisis no pueden presentarse en ausencia de información empírica. Tenemos que conocer la historia de la sociedad y su situación actual para ser capaz de conceptualizar sus posibilidades de desarrollo.

Es en este sentido especial que un análisis de las tendencias de crisis está siempre basado, también, en conocimiento empírico. Sin embargo, el punto esencial es que el aspecto central en una discusión sobre las tendencias descansa en la propia conceptualización. La distinción de Jürgen Habermas entre el sistema y el mundo de la vida con sus conceptos asociados, puede mencionarse como un buen ejemplo de esto. Nos ayuda a reconocer los problemas y formar una visión global de la realidad social prevaleciente. Sin tal conceptualización no tendríamos idea de cómo evitar o controlar las amenazas a la legitimidad.

3.

Brevemente: el siguiente análisis se centrará en el tema estructural

de las tendencias de crisis que amenazan el Derecho moderno, y la clasificación de los conceptos básicos que se necesitan. La estructuración procede de acuerdo con la siguiente estructura conceptual (ver cuadro) que también presenta, de forma, simplificada, la lógica interna de mi presentación y —espero— los temas centrales en la discusión del simposio sobre "Legitimación del Derecho". También es el propósito del cuadro esbozar los temas de las futuras discusiones que, probablemente, estarán estrechamente relacionadas con el problema de la legitimación en la sociedad.

CONCEPTOS BASICOS

1. Legitimación del Derecho (en general).
2. Legitimación en el Derecho moderno.
3. Crisis de legitimación en el Derecho moderno versus tendencias de crisis

Teoría Descriptiva de las tendencias de crisis	Teoría Normativa de las tendencias	Reconstrucción racional de las tendencias de crisis
Tendencias de crisis en la Racionalidad Interna del Derecho	Tendencias de crisis en la Racionalidad Subjetiva del Derecho	Tendencia de crisis en la Racionalidad Normativa del Derecho
Racionalidad Formal/sustancial - Valor racional - Institucional r. - Jurídica r. - Sistémica r.	Racionalidad instrumental - Finalidad racional	Problemas de legitimación Racionalidad comunicativa
Discurso moral	Razonamiento jurídico	Discurso socio-económico
Ética Moral	Filosofía del razonamiento jurídico (Justificación profunda)	Reconstrucción racional
Derecho y moralidad	Contexto de descubrimiento	Contexto de Justificación
Teoría Descriptiva	Teoría Normativa	Estudio Doctrina del Derecho (Dogmática jurídica)
Positiva	Negativa	Aplicación
Maximalista	Minimalista	Legislación

En principio, puede haber tres tipos de teoría en las tendencias de crisis: descriptiva, prescriptiva (normativa en sentido fuerte) y reconstrucción racional (normativa en sentido fuerte) y reconstrucción racional (normativa en sentido débil). El primero sólo describe desarrollos generales en la prevaeciente realidad social y en el ordenamiento jurídico que regula esta realidad, y hace predicciones sobre lo que va a venir. De este modo, describe y predice. Tal análisis es siempre empírico en el sentido en que, generalmente, se entiende esta noción, por ejemplo, en las ciencias sociales empíricas. La teoría prescriptiva presenta normas, definiciones estipulativas o recomendaciones de cómo deberían ser las cosas o, alternativamente, cómo deberían analizarse las cosas. En lo que sigue, abandonaré ambos estudios y me centraré únicamente en la reconstrucción racional de las tendencias de crisis. Al hacer esto, mi intención es explicar, por medios teóricos, qué es lo que ya subsiste en nuestro lenguaje y en nuestra cultura. El test de la reconstrucción racional no es "directamente" empírico. No podemos verificar o falsar la reconstrucción racional por medio de métodos de investigación empírica. El único test descansa en si la reconstrucción está o no en armonía con todo lo demás que sabemos sobre lenguaje y cultura. El núcleo del test, en otras palabras, es si nuestra reconstrucción encaja o no con nuestro puzzle conceptual de cultura y sociedad. Si este es el caso, entonces la reconstrucción nos ayuda en la sistematización de la realidad mejor de lo que sería posible sin tal reconstrucción.

En la presentación de Kaarlo Tuori la reconstrucción racional tiene tres partes o elementos. El habla de crisis de tendencias en la racionalidad interna, racionalidad del sujeto subjetiva y la racionalidad de la norma normativa del Derecho. El problema de la legitimación puede, así, mostrarse en todos los tres aspectos (o sólo en alguno de ellos).

El concepto de racionalidad interna está conectado con el sistema jurídico, con sus internas conexiones sistemáticas. Es bien sabido que el conjunto de normas jurídicas está controlado por medio de ciertos conceptos básicos y no-conceptos deductivamente derivados. El término "doctrinas generales" es algo vago aunque expresión característica para esta estructura conceptual en donde los vínculos del sistema juegan un papel central. Hablamos, por ejemplo, de doctrinas generales del derecho civil, del derecho penal y del constitucional. Para simplificar algo la cuestión, podríamos decir que las doctrinas generales son un núcleo del sistema que yace en el trasfondo de un, a menudo, dispar conjunto de normas, de hecho una clase de modelo para la reflexión y estructuración de los conceptos, una red conceptual que nos permita reconciliar las disposiciones individuales. Los elementos normativos pueden cambiar, y lo hacen, en el curso de la dinámica social, pero el núcleo del sistema puede permanecer intacto por períodos de tiempo considerables. Es, como era, el núcleo del pensamiento jurídico. La racionalidad interna del Derecho está amenazada por una crisis cuando (y específicamente cuando) los vínculos del sistema empiezan a desaparecer

del conjunto de normas. Parecería que tal tendencia existe ahora en el derecho de bienestar social de los estados del bienestar; sucede incluso en partes de las áreas del núcleo del Derecho como el Derecho civil. El Derecho está fragmentado en dispares conjuntos reguladores en donde los problemas que nacen se desvían adoptando nuevos conjuntos reguladores sin tener en cuenta las conexiones sistemáticas entre las diferentes normas. Este peligro también aparece cuando las llamadas flexibles y varias normas de equidad empiezan a encontrarse en el Derecho en gran medida. Normalmente conducen a una administración de justicia más bien casuística, a un proceso que, a su vez, acelera las tendencias de crisis en la racionalidad interna. El círculo se completa.

Está implicada una tendencia de crisis en la racionalidad subjetiva cuando hay una desproporción entre la necesidad de regulación de la materia, por una parte, y la existente regulación, por otra. Esto podría significar, o que el material normativo se expande demasiado, o que un campo específico (por ejemplo, la posición de los empresarios en la sociedad) está regulada con excesivo detalle.

Cuando esto sucede, la esfera de libertad está restringida en una forma que disminuye la espontaneidad de la acción y levanta barreras a la responsable y auto-iniciada realización del individuo. Ambos problemas son típicos de los estados del bienestar avanzados. En el uso político, a menudo se habla de "estado guardián" cuando se trata el problema de la racionalidad del sujeto. Este tópico, también, implica teóricamente el problema de la tensión el sistema y el mundo de la vida, y de la intrusión del sistema en la realidad cotidiana de la gente de una forma restrictiva y rígida.

En los países nórdicos, por ejemplo en Finlandia, la expansión del número de normas ha significado, entre otras cosas, que una parte considerable de los elementos normativos se han dirigido a determinar los poderes de la administración para actuar, y la línea de demarcación entre los poderes de las diferentes autoridades. Un estudio realizado en 1985 mostró que estaban en vigor alrededor de 50.000 disposiciones normativas referentes sólo a la relación interna entre las autoridades administrativas del nivel medio. Al mismo tiempo, la reglamentación, por ejemplo, en el derecho de bienestar social de los derechos y obligaciones del ciudadano individual eran, considerablemente, menos efectivas. La sobresaturación del derecho empresarial antes mencionado, ha provocado una situación en la que es bastante difícil para el empresario individual conseguir el ticket de suministros. Ha sido necesario, por una parte, tener mecanismos de control para vigilar el cumplimiento de las normas, y por otra, tener organizaciones consultivas para prevenir la violación de tales normas. Cuando se añade a esto la rápida expansión del sistema planificador, es fácil entender dónde, desde el punto de vista del orden jurídico, descansa el germen de la crisis en la llamada racionalidad del sujeto. En cualquier caso, está justifi-

cado hablar de una tendencia que crece con fuerza junto con la continúa expansión del número de normas.

La racionalidad de la norma está conectada con la legitimación del Derecho en la sociedad. El Derecho (o su elemento individual, una norma) puede conseguir legitimación de muy diferentes formas.

Es una cuestión de legitimación instrumental cuando se considera cómo ha conseguido su objetivo una norma. La racionalidad del Derecho, en el sentido utilizado por Max Weber, está específicamente conectada con esta relación entre fines y medios.

La legitimación basada en el interés significa que una disposición jurídica o una reglamentación especial está legitimada cuando satisface las expectativas de un grupo de interés de forma máxima. En los sistemas corporativos la legitimación, a menudo, está basada en compromisos entre los diferentes grupos de interés, compromisos que satisfacen mutuamente fines opuestos de una forma óptima. Sin embargo, la base de la legitimación también puede ser —y en la práctica sucede a menudo— la aceptabilidad del Derecho o de una norma. A este respecto, Niklas Luhmann (1983) ha enfatizado la significación de la confianza general en el sistema (*Legitimation durch Verfahren*). Una reglamentación normativa se acepta en virtud del proceso de aceptación que la produjo (por ejemplo el sistema legislativo parlamentario). La idea de Habermas de un papel central del mundo de la vida en la legitimación está conectado con la legitimación de otra forma, que Tuori también destaca en el simposium en el que ahora estamos. Habermas específicamente conecta la legitimación con la racionalidad comunicativa, en otras palabras, con el proceso de integración social, socialización y comunicación que constituyen la realidad cotidiana del hombre. Por medio de esto, el derecho y la moralidad también se constituyen en un estrecho contacto, uno con otro, lo que, a su vez, nos permite hablar de una base moral de legitimación.

En esencial, por tanto, que mantengamos la estrecha conexión entre los conceptos de legitimación y racionalidad. En el cuadro anterior esta conexión está representada por una flecha. A su vez, dado que la racionalidad puede entenderse de diferentes formas, la conexión entre legitimación y racionalidad también puede entenderse de diferentes formas, dependiendo de qué forma de racionalidad se trate (cf. Wroblewski, 1988). Creo que este aspecto no siempre ha sido suficientemente reconocido, dado que, a veces, las discusiones sobre legitimidad implican innecesarias yuxtaposiciones entre los conceptos que están basados en diferentes conceptos de racionalidad y de este modo no son compatibles (por ejemplo, la racionalidad sistemática frente a la racionalidad comunicativa) pero se pueden complementar uno a otro (racionalidad instrumental frente a racionalidad comunicativa). Uno de los significativos pasos adelante adoptados en este simposium, en mi opinión, ha sido la creciente claridad de análisis de tales relaciones conceptuales.

4. La racionalidad comunicativa fue una de las cuestiones clave aceptadas en el simposium. Esta forma de racionalidad se manifiesta en el llamado discurso práctico, en que el objeto puede ser, por ejemplo, la moral, el derecho o la vida económica. Consecuentemente, se puede hablar de discurso moral, discurso jurídico y discurso socio-económico. En el campo de la moral, el discurso puede centrarse sobre standards éticos o bien sobre problemas sustantivos de la moral. En referencia a la legitimación del derecho lo que es importante es la relación entre derecho y moral.

Esta relación puede afrontarse teóricamente por medio de una teoría descriptiva o prescriptiva. La primera describe y explica los puntos de vista morales, el último adopta una postura moral en relación a los problemas morales. La teoría prescriptiva proporciona criterios materiales para los puntos de vista morales y, a través de esto, también puntos de vista jurídicos. Muchas teorías del derecho natural moderno pueden mencionarse como típicos ejemplos de teorías materiales, como ha observado Garzón Valdés en la discusión de conclusiones del simposium, la teorías materiales pueden construirse sobre la base de la moralidad positiva o negativa; más aún, esto es posible en un grado mínimo o máximo. La clasificación cuádruple que emerge de esta manera es bastante ilustrativa y nos ayuda a situar, por ejemplo, las teorías del derecho natural en su propio contexto. Sin embargo, este aspecto no recibió ninguna atención adicional en el simposium.

También hay otra conexión, completamente diferente, entre el derecho y la moral. Esto aparece cuando examinamos el razonamiento jurídico. Se puede construir de esto último una teoría de dos niveles. En primer lugar, es posible preguntar cuál es la justificación última para el razonamiento jurídico. ¿Por qué es posible, en general, el razonamiento jurídico y qué legitima sus resultados?. Aleksander Peczenik tiene razón cuando habla, en este sentido, de la llamada justificación profunda del razonamiento jurídico. Esta noción implica los fundamentos filosóficos del razonamiento jurídico.

Sin embargo, estas fundamentaciones no pueden analizarse sin examinar cuáles son los elementos del razonamiento jurídico. Más sencillamente: ¿qué es el razonamiento jurídico? Necesitamos una reconstrucción racional del mismo. Este no es un problema de normas o definiciones que demostrarían lo que debería ser el razonamiento. El objetivo es explicar los elementos constitutivos del razonamiento jurídico, incluso si no siempre somos conscientes de estos elementos en nuestra actividad diaria. Actuamos, incluso aunque no sepamos con precisión cuál es la naturaleza última de nuestra acción. La reconstrucción racional del razonamiento jurídico puede dirigirse a cómo se descubre una decisión (por ejemplo, la interpretación de cierta disposición)(el contexto de descubrimiento) o bien, qué argumentos se presentan en nombre del resultado, en otras palabras, cómo está justificado (contexto de justificación). Esta distinción tiene una posición interesante en el análisis presentado por Klaus Günther, sobre todo en la for-

ma en que interpretó la teoría del discurso práctico desde el punto de vista del razonamiento jurídico. Por otra parte, Robert Alexy y Aleksander Peczenik, por ejemplo, se limitaron al problema de la justificación. Parecería que en la reciente discusión sobre la teoría del discurso, el énfasis último ha sido lo claramente predominante. El razonamiento jurídico se analiza un proceso de justificación y se busca demostrar qué tipo de proceso resulta en una decisión jurídica llamada aceptable o potencialmente aceptable (interpretación, decisión sobre una laguna jurídica o aplicación del Derecho). En muchas realciones, Jerzy Wroblewski (1988) ha enfatizado que la justificación jurídica está basada en tres diferentes tipos de premisas: a) normas jurídicas, b) directivas sobre la interpretación de las normas y c) valores y valoraciones que regulan el uso de las directivas. Cuando el derecho se aplica, los hechos del caso también están presentes, naturalmente.

Los valores y las valoraciones son parte integral del razonamiento jurídico, tanto en la interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas como en la consideración de los casos de lagunas en el derecho. Los valores están implicados, por ejemplo, en las formas siguientes: a) El orden de prioridad entre las diversas fuentes del Derecho se determina sobre la base de juicios de valor; b) las decisiones sobre la base de la analogía y similares cadenas de razonamiento implican, por definición, elecciones basadas en valores; c) el fin del razonamiento siempre exige una elección entre diversas consecuencias sobre la base de un cierto código de preferencia; d) finalmente, los valores pueden estar "directamente" implicados. Por ejemplo, este es el caso cuando se busca justificar el concepto de lo que se llama "bases sociales para un aborto" en un sistema que reconoce tales bases. En tal razonamiento, se sopesan, por ejemplo, los siguientes puntos de vista uno frente a otro: los principios generales que se refieren al valor de la vida humana, el bienestar social del niño y de su madre, y la consideración de los valores intrínsecos de la madre como ser humano. Todo esto muestra que el razonamiento jurídico y los valores están inevitablemente vinculados uno a otro. Parte de los valores son valores morales, y esto establece la conexión entre el derecho y la moral.

Esta conexión es relevante cuando el derecho se redacta y se promulga (la norma se formula en sociedad), cuando el derecho se aplica en la práctica (la actividad del tribunal y la aplicación administrativa del derecho) y cuando las disposiciones jurídicas son interpretadas (dogmática jurídica, es decir, la ciencia jurídica tomada como una investigación interpretativa).

En tal sentido, en este simposium están entrelazadas dos líneas clave de pensamiento de forma estimulante. Inspiradas por ideas de Habermas, Kaarlo Tuori llamó nuestra atención por la legitimidad del derecho en general y por su racionalidad normativa en especial. Su presentación suscita las dimensiones sociales del derecho así como las temáticas de la aceptabilidad general del derecho como cuestiones importantes. El problema es:

¿cuándo y en qué condiciones está legitimado el derecho?. Si, a su vez, nuestro interés se centra en el proceso de decisión judicial y, específicamente, en su justificación, la perspectiva se vuelve más restringida (¿está justificada una decisión o la interpretación de una norma?), pero incluso así, el tema principal es el mismo. Aunque nuestra práctica más común es hablar, específicamente, de justificación, lo que está realmente en cuestión es la legitimidad de la decisión o de la interpretación. De esta manera, dos tendencias, una que empieza con los problemas generales de legitimación y la otra que enfatiza el proceso de decisión, se encuentra una a otra. Mi opinión es que ninguna tendencia por sí sola puede aportar suficiente luz al problema de la legitimación del Derecho. Lo que necesitamos es exactamente lo que buscaba el simposium "La legitimación del Derecho": algo que trascienda los esbozos tradicionales y que sitúe los problemas en contextos que indiquen nuevos tópicos. Es en esta dirección que se pueden prever muchos de los grandes desafíos de la teoría jurídica en el futuro: una valoración a fondo de la relaciones entre el derecho y la moral, un análisis de la relación entre las dinámicas del derecho y la sociedad, y las relaciones conceptuales, genéticas, empíricas y estructurales entre el derecho, la legitimación y la democracia.

LOS ACUERDOS ENTRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LA IGLESIA CATÓLICA EN ESPAÑA SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA IGLESIA

Federico R. Aznar Gil

Resumen.- "El patrimonio cultural de la Iglesia Católica ocupa un lugar importante en las relaciones de cooperación de los poderes públicos con las Confesiones, por su sobre dimensión religiosa y cultural. Esto se expresa, a nivel jurídico, en el Acuerdo específico Iglesia-Estado de 1979 y en los convenios de las Iglesias locales con las respectivas Comunidades Autónomas, en los años 80. Unilateralmente lo evidencia la Ley del Patrimonio, de 1985.

El autor se centra en el estudio de la regulación pacticia autonómica y en los principios que la inspiran. Asimismo, en la Comisión Mixta Regional y sus principales características."

1. Introducción

El actual Romano Pontífice, S. S. Juan Pablo II, decía lo siguiente refiriéndose al patrimonio cultural de la Iglesia: 'Defendiendo y valorizando estos bienes, en buen entendimiento con las autoridades públicas. Éstas, respetando la competencia eclesiástica, no pueden dejar de dispensar su atención a aquello que es simultáneamente patrimonio religioso y patrimonio cultural de la Nación¹. En estas palabras se recapitula todo un amplio proceso doctrinal y legislativo de la Iglesia Católica en el que parecen sentarse las bases para una nueva colaboración entre ella y los diferentes poderes públicos de cara al patrimonio cultural eclesiástico.

Conviene que indiquemos que, por patrimonio cultural de la Iglesia, denominado a veces como 'tesoro artístico' de la Iglesia, 'patrimonio histórico-artístico', 'patrimonio documental y bibliográfico', etc., entendemos 'aquellos bienes inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, documental, bibliográfico, arqueológico, arquitectónico, paleontológico y etnográfico, en posesión de la Iglesia Católica en España, producidos en ella, a través de los tiempos, para el desarrollo del culto divino, el servicio pastoral del pueblo y la buena organización de la vida comunitaria². Es claro que este patrimonio cultural, como tendremos ocasión de señalar más adelante, tiene una doble dimensión, la religiosa y la estrictamente cultural, lo que, unido a sus proporciones en algunos países como el nuestro, ha

(1) Juan Pablo II, *Insegnamenti*, IX. I (Città del Vaticano 1986) 638.

(2) Obispo de Tenerife, 'Directorio del Patrimonio Cultural de la Iglesia', 1 Enero 1987, BOO Tenerife 1 (1987) p. 9, n. 1.

hecho que el Estado fuera intervenido progresivamente en su regulación y administración.

Ello, a su vez, ha originado que el tema del Patrimonio Cultural de la Iglesia se haya convertido en una 'materia mixta', canónicamente hablando, en la que confluyen intereses y legislaciones civiles y canónicas, no siempre coincidentes ni respetuosas con su doble significado. Ejemplos de ello abundan excesivamente en la historia reciente de nuestro país. Dado, por otra parte, la reciente organización del Estado Español en diferentes Autonomías con generalizadas competencias en esta materia, se ha producido jurídicamente un hecho nuevo por su calidad y cantidad en las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado Español: la celebración de pactos, convenios, acuerdos, etc., entre las iglesias locales (diócesis, provincias eclesiásticas, etc.) y las diferentes comunidades autonómicas del Estado Español. Este fenómeno, que la doctrina ha calificado como de 'Derecho Eclesiástico Autonómico', alude a la importancia creciente, cuantitativa y cualitativamente, del conjunto de normas y relaciones de las diferentes iglesias y comunidades religiosas con la comunidad política autonómica en torno al hecho político regional en su significación religiosa³.

La temática regulada en esta nueva perspectiva de relaciones es muy amplia: la propia organización autonómica; la enseñanza, cultura, medios de comunicación, turismo; los valores morales de la religión católica; la protección del interés religioso; las actividades sociales de la Iglesia; la asistencia religiosa en diferentes centros públicos, v.g. sanitarios; etc. Entre todas ellas destaca la atención preferente que las iglesias locales católicas y las autonomías del Estado Español han presentado para regular el Patrimonio Cultural de la Iglesia de las diferentes Autonomías: desde el año 1981 hasta la actualidad prácticamente todas las Comunidades Autónomas (salvo el País Valenciano y Extremadura) han suscrito acuerdos o convenios con las iglesias locales católicas sitas en su territorio sobre esta materia. A esta solución jurídica se ha llegado superando viejos planteamientos radicalizados y con ello se abren perspectivas novedosas y muy prometedoras en beneficio del mismo Patrimonio Cultural.

He creído oportuno, por tanto, centrar el amplio tema del patrimonio Cultural en el análisis de este conjunto normativo autonómico para mos-

(3) A. Martínez Blanco, *Las relaciones de las comunidades autónomas con la Iglesia (Significado y perspectivas del Derecho Eclesiástico Autonómico)* (Murcia 1987) 12, 95; El mismo, 'El diálogo entre las Comunidades Autónomas y las Iglesias regionales y locales', *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al Prof. Maldonado* (Madrid 1983) 389-437; J. Calvo Otero, 'Comunidades Autónomas y Derecho Eclesiástico del Estado', *Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad plural. Estudios en homenaje del Dr. D. Lambert de Echevarría* (Salamanca 1987) 259-76. Sobre los acuerdos autonómicos en materia de patrimonio cultural, véanse: E. Bajet, 'Acuerdos entre la Generalitat de Cataluña y la Iglesia Católica. Presupuestos doctrinales', *IC* 46 (1983) 825-78; I. Martí Bonet, 'El patrimonio cultural de la Iglesia española y los Estatutos de Autonomía', *Boletín de la Comisión Episcopal para el Patrimonio Cultural* 1 (1983) p. 24 y ss.; M. de Santiago, 'Acuerdos Iglesias Regionales-Comunidades Autónomas', *Vida Nueva* 1427 (1984) 875-82; C. Seco Caro-J. Borrero, 'La Comisión Mixta Junta de Andalucía-Obispos de la Iglesia Católica de Andalucía para el patrimonio cultural' *ADEE* 3 (1987) 451-57; G. Casuscelli, 'Tutela del Patrimonio Artistico Eclesiastico e Ordinamenti Regionali (Note di legislazione)', *DE* 99 (1978/1) 564-82.

trar los diferentes aspectos del mismo. Aspectos que no suelen ser muy conocidos y, por eso mismo, no tenidos suficientemente en cuenta ni valorados.

2. El marco jurídico

La actual situación jurídica de relaciones Iglesia Católica-Comunidades Autónomas sobre el Patrimonio Cultural de la Iglesia se ha producido por la confluencia de varias circunstancias políticas y jurídicas⁴: el Acuerdo sobre Asuntos Culturales entre la Sede Apostólica y el Estado Español, de 3 de enero de 1979, establece las bases de colaboración futura para hacer efectivo el interés común de la Iglesia y el Estado sobre el patrimonio cultural eclesiástico⁵. Ciertamente que el titular de estos compromisos internacionales es el Estado Español. Pero, en virtud de la Constitución Española de 1978, de los Estatutos de Autonomía de las diferentes nacionalidades o regiones, y de los Reales Decretos de transferencias de funciones y servicios de la Administración Central del Estado a cada una de las Comunidades Autónomas, el Patrimonio cultural de la nación española, del que forma parte el de las entidades eclesiásticas españolas, ha llegado a ser materia de competencia netamente autonómica con alguna intervención del Estado en el aspecto de la exportación y defensa contra el expolio del mismo. 'Así —dice A. Martínez Blanco— hace acto de presencia la competencia de las Comunidades Autónomas en materias objeto del Acuerdo del Estado con la Santa Sede sobre Asuntos Culturales, pues la ejecución de los tratados internacionales, y es el caso de aquel Acuerdo, pertenece ahora a las Comunidades Autónomas en todo lo que afecte a las materias atribuidas constitucionalmente a su competencia, ya que la ejecución interna de los Tratados y convenios Internacionales se rige por el principio de la competencia, según el cual aquélla incumbirá bien al Estado, bien a los Estatutos de Autonomía... La ejecución del Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Culturales competirá a cada Comunidad Autónoma en su territorio en cuanto afecte a las competencias que le han sido transferidas⁶. Las Comunidades Autónomas, por consiguiente, gozan de amplias competencias legislativas y ejecutivas en relación con el patrimonio autonómico y regional.

Los obispos diocesanos, por otra parte, tienen plena capacidad de diálogo y concertación con las entidades autonómicas o regionales reconocida

(4) M.I. Aldanondo Salaverria, 'Las Comunidades Autónomas, el Estado y los bienes culturales eclesiásticos', IC 47 (1984) 295-355; A.C. Alvarez Cortina, 'Bases para una cooperación eficaz Iglesia-Estado en defensa del Patrimonio histórico, artístico y cultural' IC 25 (1985) 293-331; A. Martínez Blanco, 'Naturaleza jurídica de los pactos Iglesia-Comunidades Autónomas sobre patrimonio cultural' ADEF 1 (1985) 363-68; El mismo, 'Patrimonio Cultural de la Iglesia y Comunidades Autónomas', El derecho patrimonio canónico en España (Salamanca 1985) 231-80.

(5) Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, 3 Enero 1979, art. XV.

(6) A. Martínez Blanco, 'Naturaleza jurídica', art. cit., 364.

tanto por el ordenamiento canónico como por el civil español. Diálogo que puede hacerse bien por cada obispo individualmente, o bien asociadamente en agrupaciones eclesíásticas inferiores a la Conferencia Episcopal Española, respetando los principios teológico-canónicos referentes al ministerio episcopal. Esto puede dar lugar a situaciones distintas. 'De la fórmula empleada — dicen C. Seco Caro y J. Borrero — en el título destaca la mención del sujeto eclesíástico que interviene como parte en la estipulación. Es identificado con la frase "Obispos de la Iglesia Católica de Andalucía", que merece una explicación, pues, a primera vista, produce una cierta extrañeza o perplejidad. Si se le compara con la otra parte que personaliza al sujeto político, no parece que exista una correspondencia o correlación adecuada entre ambos. En efecto, la Junta de Andalucía es una entidad pública claramente definida e institucionalizada... Por contra, la expresión "Obispos de la Iglesia Católica de Andalucía" puede entenderse como el conjunto de jerarquías eclesíásticas que pueden actuar bien aunadas, bien individualmente... En este caso, la actuación individualizada debe descartarse, a la vista de las personas que suscriben el Acuerdo. Por otro lado, es cierto que no pudo intervenir en esta ocasión la Conferencia Episcopal de las provincias eclesíásticas de Granada y Sevilla, en cuanto en ella se encuadran diócesis no andaluzas... Consecuentemente, con tal denominación debe entenderse aludida la Conferencia Episcopal "Regional" Andaluza, a la que hay que considerar sujeto hábil para mantener y desarrollar relaciones con la correspondiente Comunidad Autónoma...'⁷.

Es más: desde el interior de la propia iglesia española se vienen potenciando las relaciones institucionales entre las Comunidades Autónomas y las diócesis correspondientes. Así, v.g., entre las conclusiones de las Jornadas Nacionales de los delegados del Patrimonio Histórico-Artístico y Documental de las diócesis españolas, celebradas los días 3-4 de junio de 1983, se destacan las siguientes:

'3. Se desea que los obispos de las distintas diócesis concurrentes en una misma comunidad autónoma designen un obispo delegado que se relacione con el Consejero de Cultura de la respectiva autonomía.

4. Que bajo la presidencia de este obispo delegado se cree una comisión interdiocesana para la coordinación de las actuaciones en esta materia y para la relación con el órgano u órganos correspondientes de la comunidad autónoma...

6. Que se fije la necesidad de que la Iglesia adapte sus órganos culturales en concordancia con los de las respectivas autonomías.

9. Que se tenga en cuenta la distribución territorial de las autonomías a efectos de la creación de las comisiones de la Iglesia para relacionarse con las diferentes autonomías.

(7) C. Seco Caro-J. Borrero, art. cit., 452-53.

10. Que la Comisión Episcopal del Patrimonio Cultural elabore un borrador o esquema con las pautas básicas que convendrá que asuman todas las diócesis en sus relaciones con la respectiva autonomía⁸.

Todos los acuerdos hasta ahora firmados hacen referencia a este 'marco jurídico' en el que se insertan y que tiene tres puntos focales de referencia: la Constitución Española de 1978, el correspondiente Estatuto de Autonomía y el Acuerdo entre la Sede Apostólica y el Estado Español sobre asuntos culturales de 1979. Únicamente el de Galicia especifica más este cuadro referencial: 'que está (el Acuerdo), por su propia naturaleza sometido a las normas de... (los citados documentos) y a la legislación canónica, incluidas las competencias de la Conferencia Episcopal Española. Estas disposiciones sirven de fundamento al presente convenio a la par que suministran los criterios esenciales para su interpretación'⁹. Ninguno hace referencia a la reciente Ley del Patrimonio Histórico Español¹⁰.

Tampoco se hace referencia explícita a otro documento cuya influencia explícita es indudable: el 'Documento relativo al marco jurídico de actuación mixta Iglesia-Estado sobre Patrimonio Histórico-Artístico', del 30 de octubre de 1980, elaborado por la Comisión Mixta Iglesia-Estado sobre Patrimonio Histórico-Artístico¹¹. Su influencia, como decimos, sobre los acuerdos autonómicos es manifiesta en, al menos, los siguientes puntos: el expreso reconocimiento por parte del Estado de los derechos de que son titulares las personas jurídicas eclesiásticas sobre los bienes que integran el patrimonio cultural y que les vienen dados fundamentalmente por la propiedad; el compromiso adquirido por el Estado para una eficaz cooperación técnica y económica encaminada a procurar la conservación y enriquecimiento del patrimonio cultural eclesiástico; el reconocimiento de que el uso y las funciones estrictamente litúrgicas de los bienes culturales de la Iglesia tendrán carácter prioritario respecto de los usos meramente "culturales"; el compromiso de la Iglesia de poner los bienes culturales al servicio de la sociedad y a cuidarlos y usarlos con arreglo a su valor histórico y artístico, compatibilizando su destino religioso y su función cultural...¹².

(8) *Ecclesia* 2130 (1983) 784-85. 'Los acuerdos logrados hasta ahora son esperanzadores y ofrecen una garantía de atención adecuada al Patrimonio Cultural Eclesiástico', dice Mons. Damián Iguacén al referirse a los acuerdos entre la Iglesia y los Gobiernos Autonómicos: 'Directorio del Patrimonio Cultural', art. cit., p. 224-25, n. 539.

(9) Galicia, preámbulo. El acuerdo de Madrid añade a la referencia genérica anterior: 'y a la legislación canónica en cuanto a ella se remitan dichos Acuerdos', preámbulo, mientras que el de Canarias dice algo que parece obvio: 'así como a los que vayan desarrollando y a la legislación eclesiástica vigente', preámbulo.

(10) Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985); Real Decreto 111/1986, de 10 de enero de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE núm. 24, de 28 de enero de 1986).

(11) BOCE 14 (1987) 86.

(12) Todos los Acuerdos recogen una serie de directrices básicas por las que habrán de dirigirse las respectivas Comisiones Mixtas: directrices que, sustancialmente, no son otras que las que están en vigor a nivel estatal para disciplinar la colaboración Iglesia-Estado y, en líneas generales, coinciden con los criterios básicos del documento del 30 de octubre de 1980: I. Aidaondo Salaverria, 'Patrimonio histórico, artístico y documental'. Acuerdos Iglesia-Estado en

Sentado, pues, que tanto las Comunidades Autónomas como las Iglesias locales son competentes para, al menos, realizar tareas legislativas y ejecutivas en materia del Patrimonio Cultural Eclesiástico, se ha preguntado la doctrina por la naturaleza jurídica de estos Acuerdos. Todos los firmados hasta ahora tienen como finalidad principal, y a veces casi única, la constitución de una Comisión Mixta Comunidad Autónoma - Iglesia Local sobre el patrimonio cultural eclesiástico, inscribiéndose únicamente el de Galicia en un 'Acuerdo marco' más amplio y complejo. La terminología empleada para su denominación es variada:

* Acuerdo: nueve (Castilla-León, Murcia, Andalucía, País Vasco, La Rioja, Castilla-La Mancha, Navarra (+ Reglamento), Asturias).

* Convenio: siete (Aragón, Galicia (+ Acuerdo marco), Baleares (+ Reglamento), Cantabria, Madrid, Canarias, Vitoria).

* Reglamento: uno (Cataluña).

Muy poco se ha dicho sobre este particular. A. Martínez Blanco afirma que los pactos hasta ahora firmados por las iglesias regionales con las comunidades autónomas son pactos institucionales, de derecho público externo o "Derecho interpotestativo", convenios interadministrativos de coordinación para el Estado, derecho particular para la Iglesia, y meros convenios de gestión en todos los casos: 'Los "convenios de gestión"... son pactos de naturaleza no legislativa, sino de desarrollo y aplicación de normas legales o reglamentarias existentes, concordadas o unilaterales de la Iglesia o del Estado. Son los acuerdos en "plano operativo", no en el "plano normativo"... Los pactos celebrados hasta ahora entre la Iglesia y las Comunidades Autónomas... responden, por su contenido y formalidades en el ámbito estatal, a la naturaleza de verdaderos convenios de gestión, pues en ambos casos se trata de constituir u organizar Comisiones Mixtas de colaboración con fines de coordinar la actuación sobre bienes culturales de titularidad eclesial, sites en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, con facultades de propuesta, dictamen, recomendación e incluso de fijación de los módulos de catalogación y de inventario del patrimonio artístico de la Iglesia. Y así no contienen... facultades de resolución en los campos civil y eclesiástico... Los acuerdos de las comisiones... (son) mero vínculo moral... Su plano de formalización no sobrepasa el de los órganos ejecutivos políticos y eclesiales...'¹³. Y M. Baena afirma 'que, a pesar de su apariencia formal de Acuerdos, son documentos de carácter híbrido que aprueban los criterios y normas de funcionamiento de las Comisiones Mixtas de colaboración Iglesia y Autonomía...'. Este autor, después de decir que hay que calificarlos como verdaderos pactos o acuerdos, afirma que 'son conciertos o convenios: se trata de actos negociales de derecho público que no presentan

el último decenio. Su desarrollo y perspectivas (Barcelona 1987) 195; M. Baena del alcázar, 'Los Acuerdos entre las Comunidades Autónomas y las diócesis o provincias eclesiásticas', Constitución y acuerdos Iglesia-Estado. Actas del II Simposio Hispano-Alemán (Madrid 1988) 32.

(13) A. Martínez Blanco, 'Naturaleza jurídica', art. cit., 366-67.

las características típicas de los contratos administrativos, por lo que se incluyen en el ámbito más general de la Administración concertada que actúa a través de dichos actos negociales¹⁴.

3. Los principios programáticos

los acuerdos autonómicos señalan una y otra vez que su finalidad es lograr un ámbito de colaboración entre la Autonomía correspondiente y la iglesia local en esta materia: 'reiteran -se dice en el de Cataluña- su interés coincidente en la defensa y conservación de los bienes que forman parte del patrimonio cultural...'¹⁵. 'Han estimado conveniente -se dice en otros- colaborar en el estudio, defensa, conservación y acrecentamiento del patrimonio de la Iglesia Católica en Castilla y León, con el fin de coordinar sus acciones en este campo...'¹⁶. '...Con el fin de dar a las cuestiones referentes al Patrimonio histórico, artístico y documental de la Iglesia en Aragón un tratamiento más adecuado, eficiente y en armonía con las nuevas circunstancias políticas y jurídicas... para coordinar las actuaciones sobre los bienes culturales de titularidad patrimonial eclesiástica localizables en el ámbito territorial de Aragón...'¹⁷. 'En consecuencia, las partes antedichas han decidido establecer un compromiso de actuaciones ordenado a la eficaz tutela de dicho patrimonio y a su legítimo y necesario servicio en bien de la sociedad...'¹⁸. 'La Iglesia Católica posee una parte importante del Patrimonio Cultural de Euzkadi. Ella se ha esforzado, a través de los siglos, en conservar y enriquecer este acervo cultural, no solamente para el cumplimiento de los fines religiosos que le son inherentes, sino también para el desempeño de las funciones culturales que le son intrínsecas. Ella ha buscado también una estrecha colaboración con las autoridades civiles y con la Administración Pública al objeto de realizar una labor conjunta ordenada a la conservación y crecimiento del patrimonio cultural...'¹⁹. Son algunas de las fórmulas más usualmente empleadas para subrayar la finalidad de los acuerdos.

Voluntad de colaboración que la Iglesia ya había manifestado con anterioridad: 'La Iglesia reitera su interés en la defensa y conservación de su patrimonio histórico-artístico y documental y manifiesta también su decidido empeño de continuar la creación y promoción del mismo, como una aportación importante al servicio de la sociedad española'²⁰.

(14) M. Baena del Alcázar, 'Los Acuerdos entre las Comunidades Autónomas', art. cit., 33-4.

(15) Cataluña, preámbulo.

(16) Castilla-León, preámbulo; Murcia, preámbulo; Andalucía, preámbulo; La Rioja, art. 1º; Castilla-La Mancha, preámbulo.

(17) Aragón, art. 1º; Baleares, Acuerdo; preámbulo; Cantabria, preámbulo; Canarias, preámbulo.

(18) Galicia, preámbulo.

(19) País Vasco, preámbulo. Otros textos semejantes en Asturias, preámbulo; Madrid, preámbulo; Alava, preámbulo; etc.

(20) Ecclesia 2130 (1983) p. 784, n. 1.

b) La propiedad

Una de las cuestiones que tradicionalmente han enturbiado las relaciones Iglesia-Estado sobre el patrimonio cultural eclesiástico ha sido la disputa sobre la propiedad patrimonial de dicho patrimonio. "Cuestión -se ha dicho- delicada en la que se deciden dos problemas de fondo, íntimamente relacionados: el de la titularidad de los bienes que integran dicho patrimonio cultural, y el uso, servicio o instrumentalidad de los mismos. Bienes que históricamente se fueron acumulando en manos de los entes eclesiásticos con fines primordiales de culto, sustento de clérigos, piedad o apostolado, y que modernamente los poderes públicos consideran que deben ser objeto de una especial protección como parte del patrimonio de la nación..."²¹.

A.C. Alvarez Cortina ha sintetizado en estos términos la evolución operada sobre esta cuestión en las legislaciones eclesiásticas y civil españolas: la primera preocupación de la Iglesia por conservar su patrimonio cultural no viene exigida específicamente por la atribución al mismo de un especial carácter histórico, artístico o cultural, sino por la de cumplir las necesidades fundamentales de culto a Dios, ayuda a los fieles y su propia sustentación. Recientemente, sin embargo, la legislación canónica viene considerando progresivamente este patrimonio en cuanto tal, independizándolo de su valor económico y sólo en función de determinados valores culturales que trascienden lo puramente económico...²². La legislación civil española²³, a su vez, también ha evolucionado quitando énfasis a la cuestión de la propiedad y produciéndose una intervención administrativa de tutela o de control que modifica el concepto tradicional de propiedad: "De esta forma, incluido un bien en el concepto que delimita el patrimonio histórico-artístico y cultural, por su inclusión en el catálogo o su declaración como tal, su régimen de uso y disposición varía con respecto al resto de las cosas propiedad de los particulares quedando sujetos a las limitaciones propias, imprimidas de ese carácter. Limitaciones de uso... Limitaciones de disposición en cuanto a su comercio interior o exterior... El Estado, con independencia de la titularidad de estos bienes y en base a su consideración cercana a bienes públicos, ejerce una función de control y tutela, pudiendo, incluso, utilizar la medida extrema de la expropiación, bien con carácter sancionador, bien con carácter tutelar"²⁴.

(21) A. Martínez Blanco, 'Patrimonio Cultural', art. cit., 232-33.

(22) A.C. Álvarez Cortina, 'Función práctica de los Acuerdos Iglesia-Comunidades autónomas en materia de patrimonio histórico-artístico', ADEE 4 (1988) 303. Una reciente recopilación de los principales documentos en: 'Patrimonio Cultural. Documentación - Información', Boletín de la Comisión Episcopal para el Patrimonio Cultural 2 (1984).

(23) Cfr. Ley de 7 de julio de 1911; Ley de 10 de diciembre de 1931; Ley de 13 de mayo de 1933... Una recopilación de las disposiciones legislativas civiles españolas en: Secretaría General del Congreso de los Diputados (Dirección de Estudios y Documentación), Patrimonio Histórico Español (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley del Patrimonio Histórico Español) (Documentación, 22, Abril, 1984).

(24) A. C. Alvarez Cortina, 'Función práctica', art. cit., 312-14. Sobre las limitaciones patrimoniales que la Ley 13/1985, de 25 de junio, impone al Patrimonio Cultural Eclesiástico: J.

Mayoritariamente en la actualidad el interés común de los ordenamientos canónico y civil tienden a fijarse primordialmente en la conservación para la sociedad de un patrimonio cultural que, surgido de la fe, se ve impregnado de una transcendencia y que ha pasado a formar parte del acervo cultural de la humanidad. La Iglesia Católica ha tenido especial interés en el reconocimiento expreso de esta propiedad por parte del Estado: "...de los que son titulares, por cualquier derecho o relación jurídica, personas jurídicas eclesiásticas, en el marco de lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución española y en las normas legales que lo desarrollan. El Estado... reafirma su respeto a los derechos que tienen las personas jurídicas eclesiásticas sobre dichos bienes, de acuerdo con los títulos jurídicos correspondientes..."²⁵.

También los acuerdos autonómicos hacen referencia a esta temática con diversos matices y con una amplia diversidad de fórmulas empleadas, caracterizadas por una cierta ambigüedad generalizada:

a) Algunos acuerdos reconocen explícitamente y sin reservas a las entidades eclesiásticas la propiedad de su patrimonio cultural: "La Generalitat reconoce la propiedad de los mencionados bienes a favor de las personas jurídicas de acuerdo con los títulos correspondientes..."²⁶. "La Xunta de Galicia reconoce a la Iglesia Católica la titularidad de su patrimonio histórico, artístico y documental..."²⁷. "El Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco reconoce a la Iglesia Católica la propiedad del patrimonio cultural cuya titularidad está en los diversos entes eclesiásticos o es poseído por éstos durante tiempo inmemorial..."²⁸; etc.

b) Otros acuerdos se limitan a constatar la propiedad de las entidades eclesiásticas sobre dicho patrimonio, sin mayores explicitaciones: "El patrimonio histórico, artístico y documental propiedad de la Iglesia Católica..."²⁹. "...los bienes de interés cultural pertenecientes a la Iglesia Católica en propiedad o por cualquier otro título..."³⁰; etc.

M. de la Cuesta 'Aspectos jurídico-civiles del tratamiento de los bienes muebles de la Iglesia Católica española en la ley de patrimonio artístico de 25 de junio de 1985', REDC 44 (1987) 149- 62. Las propuestas del actual partido gobernante cuando estaba en la oposición eran mucho más radicales en este sentido: abogaban, lisa y llanamente, por una expropiación del patrimonio cultural eclesiástico, cfr. Propuestas culturales-PSOE (Madrid 1979).

(25) al y Artístico', 30 Octubre 1980, n. 1 (Ecclesia 2 (1980) 1611-12).

(26) Cataluña, preámbulo; Baleares, Acuerdo: I.

(27) Galicia, art. 2º.

(28) País Vasco, estipulación 2ª; Castilla-La Mancha, preámbulo: 'La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha reconoce la propiedad de dichos bienes de la Iglesia, a favor de las personas jurídicas, de acuerdo con los títulos correspondientes'; Navarra, Acuerdo, preámbulo 2º: 'Que el Gobierno de Navarra reconoce a la Iglesia Católica la propiedad de los bienes constitutivos de su patrimonio histórico, de acuerdo con sus títulos correspondientes'; Canarias, preámbulo: 'El Gobierno autónomo reconoce a la Iglesia Católica la legítima propiedad de los bienes constitutivos de su Patrimonio Histórico...'; Alava, preámbulo: 'La Diputación Foral de Alava, reconociendo la propiedad de la Iglesia y de las personas jurídicas eclesiásticas sobre los mencionados bienes de acuerdo con los títulos correspondientes...'

(29) Castilla-León, preámbulo.

(30) Murcia, art. 1º.

c) Otros acuerdos emplean la expresión de titularidad patrimonial para referirse al patrimonio cultural eclesiástico: "...Los bienes culturales de titularidad patrimonial eclesiástica localizables en el ámbito territorial de Aragón..."³¹ "...Sobre los bienes culturales de titularidad patrimonial eclesiástica localizables en el ámbito territorial de Cantabria..."³² "...Bienes de titularidad eclesiástica..."³³; etc.

d) El acuerdo con la Comunidad Autónoma de Andalucía habla de titularidad en general, sin mayores compromisos ni especificaciones: "...Patrimonio de la Iglesia Católica en Andalucía, cualquiera que sea la titularidad del mismo (propiedad, posesión, usufructo, administración y otros)..."³⁴.

e) Otros acuerdos autonómicos, finalmente, se limitan a hablar de simple posesión, sin especificar de qué tipo se trata. El acuerdo con la Comunidad Autónoma de La Rioja habla de "...los bienes culturales en posesión de la Iglesia Católica situados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja"³⁵. Y en el de Asturias todavía se recalca más esta idea de simple posesión: "...bienes que forman parte del acervo cultural del pueblo asturiano y que están en posesión de la Iglesia..."³⁶.

Hay que hacer notar, finalmente, que en algunos acuerdos se menciona explícitamente "la competencia propia de los Institutos de vida religiosa sobre sus bienes conforme al derecho canónico..."³⁷.

La tendencia más generalizada sobre estas cuestiones en los ordenamientos civiles europeos se puede resumir en estos puntos, según J. L. Alvarez: "No es decisiva la titularidad de los bienes. Ya sean del Estado, de entes eclesiásticos o de particulares, prevalece a veces su función social — que es la religiosa — y su aspecto cultural que interesa a la comunidad, sobre los aspectos de propiedad..."³⁸. Los acuerdos autonómicos españoles se insertan, con ambigüedad en algunos acuerdos, en esta dirección europea.

c) La función religiosa y cultural.

Otra fuente de tradicionales enfrentamientos entre la Iglesia Católica y el Estado Español ha solido ser la funcionalidad del patrimonio cultural eclesiástico: mientras la Iglesia ha venido recalando su dimensión religiosa (por su origen, situación y finalidad), el Estado ha subrayado su carácter cultural y social. Excuso decir que el tratamiento del patrimonio cultural de la Iglesia será muy distinto según cual sea la orientación que la

(31) Aragón, art. 1º.

(32) Cantabria, art. 1º, aunque en el preámbulo habla de 'propiedad de la Iglesia Católica...'

(33) Madrid, preámbulo.

(34) Andalucía, preámbulo.

(35) La Rioja, art. 1º, aunque en el preámbulo habla de '... cualquiera que sea la titularidad del mismo...'

(36) Asturias, preámbulo.

(37) Aragón, art. 1º; Cantabria, art. 1º; Canarias, Convenio art. 7.

(38) J. L. Alvarez, 'El patrimonio histórico-artístico', art. cit., 106.

presida. A. Martínez Blanco ha sintetizado bien este dilema en el siguiente texto: "El "bien cultural" destaca la idea de cosa que, con independencia de ser objeto de valores patrimoniales, tiene un elemento de interés de naturaleza inmaterial, cual es el interés cultural. El patrimonio cultural de la Iglesia es ante todo un patrimonio afecto a finalidad religiosa y su interés es primariamente religioso. En él prima la funcionalidad, y la funcionalidad religiosa. Además ha venido a ser por su interés para la vida y la historia un patrimonio cultural. Pero el interés de los bienes del patrimonio sacro aunque también tienen un interés cultural, no pueden reducirse a éste... Para el Estado su tutela se traduce exclusivamente en la conservación de los valores espirituales en su dimensión humana. Para la Iglesia los mismos tienden a ser instrumentos del supremo fin ultraterrestre de la "salus animarum"..."³⁹. Algún autor ha indicado, incluso, que en la regulación civil del patrimonio cultural eclesiástico se debe recordar "que además esos bienes, por lo común, tienen un destino particular que ha justificado su afectación al dominio público: su destino al culto, que conlleva, asimismo, limitaciones específicas en cuanto a su disposición..."⁴⁰.

Y M^a I. Aldanondo llega a decir que, reuniendo el Patrimonio Cultural Eclesiástico en sí mismo y de manera simultánea tanto un valor de cultura como un valor de culto que no son escindibles, por exigencias del sistema constitucional español que garantiza ambos extremos (la cultura y la libertad religiosa) "ha de llegarse a una solución que armonice los intereses de la Iglesia protegidos por la libertad religiosa y los intereses culturales... Esta solución armónica pasa necesariamente por una configuración de la actividad tanto legislativa como administrativa del Estado en la que el Estado, por una parte, no renuncie a su responsabilidad cultural en el ámbito del patrimonio histórico de la Iglesia; pero, por otra, no olvide ni pase por alto la especificidad religiosa y la función cultural y litúrgica del arte eclesiástico"⁴¹. Tesis que compartimos plenamente.

La misma iglesia española ha recordado en varias ocasiones esta doble significación, religiosa y cultural, de su patrimonio cultural: en las Jornadas Nacionales de los delegados diocesanos del Patrimonio Histórico-Artístico y Documental, celebrados los días 3-4 de junio de 1983, se reconocía la dimensión cultural y social de su patrimonio pero manifiesta "su clara determinación de que todo su patrimonio cultural, de acuerdo con su naturaleza y fines, siga primordialmente al servicio del culto y la evangelización, de acuerdo también con la voluntad sagrada de los donantes, debiendo conservarse, en la medida de lo posible, "in situ" y para lo que fue hecho o donado"⁴². También Mons. Damián Iguacen ha señalado en varias ocasiones que el fin principal del patrimonio cultural 'es el servicio a la

(39) A. Martínez Blanco, 'Patrimonio Cultural', art. cit., 256-58.

(40) A. C. Álvarez Cortina, art. cit., 331.

(41) I. Aldanondo, 'Protección de los bienes culturales y libertad religiosa', ADEE 3 (1987) 285-86.

(42) nn. 1-2.

fe'. Fin que, aunque principal y prioritario, 'no es exclusivo. El interés cultural es innegable. Hay que resaltarlo y obrar en consecuencia, poniéndolo al servicio de la sociedad y facilitando el acceso al mismo. Hay que evitar dos excesos: ver únicamente en los bienes del Patrimonio histórico-artístico de la Iglesia el interés exclusivamente religioso, o reconocer el interés cultural que poseen, ignorando lo religioso'. Advertía, finalmente, del peligro de 'reducir todo signo religioso a mero valor cultural, a pura expresión cultural' y de la necesidad de compaginar ambas dimensiones⁴³. Y en estas mismas ideas, pidiendo un tratamiento legislativo específico del patrimonio cultural eclesiástico, por esta doble dimensión inseparable, ha seguido insistiendo en posteriores escritos⁴⁴. Se trataría, en suma, de seguir la práctica más común de los países europeos: 'Los bienes culturales de la Iglesia, declarados o reconocidos, sean muebles o inmuebles, están sujetos a limitaciones en cuanto a su conservación, reparación y enajenación. Estas limitaciones se tratan de coordinar con el respecto al culto y de resolver en la práctica de común acuerdo'⁴⁵.

Los acuerdos entre las Comunidades Autónomas y la Iglesia Católica recogen el reconocimiento de la finalidad primordial religiosa del Patrimonio Cultural Eclesiástico con un cierto titubeo y ambigüedad: en algunos acuerdos simplemente se hace referencia a esta doble dimensión, religiosa y cultural, del patrimonio cultural eclesiástico y a su uso 'sin perjuicio de la finalidad religiosa de estos bienes'⁴⁶. Otros acuerdos recuerdan que, aunque el patrimonio cultural eclesiástico tiene una clara dimensión cultural y social, su finalidad es primordialmente religiosa y que ésta deberá ser tenida en cuenta para su adecuado uso⁴⁷. Otros insisten de forma especial en el debido respeto a la dimensión religiosa del patrimonio cultural eclesiástico:

'La Xunta de Galicia reconoce que los bienes del patrimonio de la Iglesia tienen, de acuerdo con las normas canónicas, naturaleza y finalidad religiosa y, conforme a tal reconocimiento, respetará, en todo caso, el preferente uso religioso de los mismos. La conservación y utilización de los

(43) D. Iguacen Borau, 'El patrimonio histórico-artístico de la Iglesia: su garantía en el ordenamiento español'. La Iglesia Española y la integración de España en la Comunidad Europea (Madrid 1986) 77: 'Es un patrimonio histórico (el de la Iglesia) diferente, distinto de otros patrimonios, con un origen, una naturaleza y una finalidad específica propia. Posee un incuestionable valor religioso y, al mismo tiempo, un innegable interés histórico, artístico y cultural. El valor religioso es el valor propio, originario, el que perfectamente se intentó, el que ha de ser el prevalente siempre. El valor cultural es un valor derivado y, aunque importante, secundario y, en cierto sentido, advenedizo, lo cual no quiere decir despreciable. Ahora bien, el valor o cualidad secundaria no debe primar sobre el valor o cualidad primaria, original y propia, sino subordinarse y armonizarse con ella... Por este doble valor, por este doble interés, por esta doble finalidad, se diferencia de cualquier otro patrimonio cultural. Por esto mismo pide un tratamiento específico que deje a salvo ambas finalidades adecuadas jerarquizadas. De lo contrario no se salvaría su originalidad y no debidamente protegido...'

(45) J. L. Alvarez, 'El patrimonio histórico-artístico de la Iglesia en el ordenamiento europeo', art. cit., 106.

(46) Cataluña, preámbulo; Aragón, art. 1º; País Vasco, estipulación 2ª; Navarra, Acuerdo: preámbulo 1º y 2º; Álava, preámbulo.

(47) Castilla-León, preámbulo; Baleares, Acuerdo II; Andalucía, preámbulo; Cantabria, art. 1º; La Rioja, preámbulo; Castilla-La Mancha, preámbulo; Asturias, preámbulo.

bienes afectados por este Convenio se realizará, salvo casos excepcionales, sin modificar su emplazamiento natural u originario⁴⁸.

En esta última idea se insiste en algunos acuerdos: el de la Comunidad Autónoma de Murcia, v.g., hace un explícito reconocimiento de esta función religiosa y del respeto debido en su utilización por este motivo, en los siguientes términos:

'a) El respeto del uso preferente de los bienes objeto del presente Convenio en los actos litúrgicos y religiosos, y la utilización de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y fines, por sus legítimos titulares.

b) La coordinación de este uso con el estudio científico y artístico de los bienes y su conservación.

c) La regulación de la visita, conocimiento y contemplación de estos bienes de la forma más amplia posible, pero de modo que el uso litúrgico, el estudio científico y artístico de dichos bienes y su conservación tengan carácter prioritario respecto a la visita pública de los mismos⁴⁹.

d) Compromisos

Esta voluntad cooperadora de ambas entidades autonómicas en la conservación del patrimonio cultural eclesial se plasma en unos compromisos generales por cada una de las partes, cuya formulación es prácticamente idéntica en todos los acuerdos:

a) Por parte de la Iglesia Católica se 'reitera su voluntad de continuar poniéndose al alcance y servicio del pueblo catalán y se compromete a una cooperación eficaz, de cuidar de ellos y de utilizarlos de acuerdo con su valor artístico e histórico. Asimismo, reconoce a la Generalitat las competencias en materia cultural derivadas del Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Constitución'.

b) Por parte del Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente hay un compromiso 'a una eficaz colaboración técnica y económica', justificada por la importancia del conocimiento, la catalogación, la conservación, el incremento y la puesta de tan valioso patrimonio al servicio y disfrute de la sociedad⁵⁰. Los acuerdos autonómicos concretan algo más estos compromisos genéricos a partir de una mayor consideración e importancia de las competencias otorgadas a la Comisión Mixta, tal como expondremos más adelante.

(48) Galicia, art. 2º; '... siempre teniendo en cuenta que la naturaleza y finalidad de estos bienes es religiosa y de culto y, como tales, se deberá respetar su uso religioso... a la vez que el Arzobispado de Madrid-Alcalá reconoce la función social de los bienes que constituyen su Patrimonio, poniéndolos, sin menoscabo de su naturaleza y finalidad religiosa, al servicio de la sociedad', Madrid, preámbulo; Canarias, preámbulo: '... sin perjuicio de la finalidad religiosa propia, que siempre ha de quedar garantizada y respetada...'

(49) Murcia, art. 9 que, además, determina que 'en cuanto sea posible, los bienes serán exhibidos en su emplazamiento original o natural...' Disposición que también se encuentra en otros acuerdos.

(50) Cataluña, preámbulo; Castilla-León, art. 2º; Galicia, preámbulo; Navarra, Acuerdo 1º que especifica que la ayuda es 'con fines culturales'; Madrid, preámbulo; Canarias, preámbulo; Alava, preámbulo; etc.

M. Baena entiende que estos compromisos son derechos y obligaciones asumidas por ambas partes que, en definitiva, pretenden ser concreciones de lo acordado entre la Sede Apostólica y el Estado Español en materia de patrimonio cultural: la Iglesia es titular de una patrimonio histórico-artístico y asume el deber de colaborar con el Estado a los fines culturales. Las Autonomías se comprometen genéricamente a ayudar a la conservación del Patrimonio Cultural de la Iglesia. Ambas partes constituyen una Comisión Mixta. El resto de las previsiones son sólo normas programáticas de funcionamiento de la Comisión⁵¹.

4. La comisión mixta regional

El cauce institucional previsto para encauzar la colaboración autonómica sobre el patrimonio cultural eclesiástico es la constitución de una Comisión Mixta del Gobierno Autónomo y la Iglesia local cuya finalidad es 'coordinar las actuaciones sobre los bienes culturales eclesiásticos'⁵². 'Al ser transferidas —dice Mons. Damián Iguacen— las competencias sobre el Patrimonio Cultural a los Gobiernos Autónomos, se hace necesario establecer acuerdos Iglesia-Autonomía para la aplicación correcta de la Ley y la atención debida a los bienes del patrimonio cultural eclesiástico. Generalmente se constituye una Comisión Mixta o de Coordinación Gobierno Autónomo-Obispos de la Iglesia Católica... Estas Comisiones sustituyen a las Comisiones Provinciales de Arte de que hablaba el Concordato de 1953...'⁵³. La existencia misma de la Comisión Mixta es un punto central de los Acuerdos: en realidad —como dice M. Baena— estos (acuerdos) consisten en la constitución de dichas Comisiones y la aprobación de normas de carácter procedimental y de funcionamiento...'⁵⁴. Es, sin duda alguna, su principal y casi única disposición hasta el momento presente. Vamos a indicar algunas de sus principales características.

a) Composición.

Las comisiones autonómicas tienen una composición idéntica en todos los acuerdos:

*Dos copresidentes, uno por las autoridades autonómicas y otro por las eclesiásticas regionales. Las autoridades civiles suelen estar representadas por el Consejero del Gobierno Autónomo encargado de la cartera de Educación y Cultura, de Cultura y Medios de Comunicación, de Cultura, de Cultura y Deportes, de Presidencia... La Iglesia local, a su vez, está representada por un Obispo delegado de los obispos del territorio que abarca la

(51) M. Baena del Alcázar, art. cit., 40-3.

(52) Cataluña, preámbulo; Castilla-León, preámbulo; Aragón, art. 1º; Galicia, art. 5º; Baleares, Acuerdo III; Murcia, art. 1º; Andalucía, art. 1º; Cantabria, art. 1º; País Vasco, estipulación 3ª; La Rioja, art. 1º; Castilla-La Mancha, art. 1º; Navarra, art. 1º; Asturias, preámbulo; Madrid, preámbulo; Canarias, art. 1º; Alava, acuerdo 1º.

(53) D. Iguacen, 'Directorio del patrimonio Cultural', o.c., p. 224-25, n. 539.

(54) M. Baena del Alcázar, art. cit., 39.

Comunidad Autónoma⁵⁵ o, cuando el territorio de la Comunidad Autónoma coincide con el de una sólo diócesis, por el Vicario General⁵⁶, por el mismo obispo diocesano⁵⁷ o por un obispo auxiliar⁵⁸.

*Dos vicepresidentes, igualmente uno por cada parte contratante, y cuyo nivel o rango administrativo es más dispar. Así, v.g., por parte de las Comunidades Autónomas suelen ocupar esta vicepresidencia el Director General del Patrimonio Cultural, o de Cultura y Educación, o de Cultura, o de Acción Cultural y Juventud. Pero también hay vicepresidentes de menor rango: hay algún viceconsejero de Cultura⁵⁹ y un Secretario General Técnico de la Consejería de Presidencia⁶⁰. Por parte de la Iglesia Católica suelen ocupar esta plaza un delegado o subdelegado de los obispos, sin especificar más su condición⁶¹, o bien el delegado diocesano para el patrimonio artístico⁶², o bien 'un representante de cada una de las diócesis' cuyo obispo no es el co-presidente de la Comisión⁶³.

*Hay, finalmente, un número idéntico de vocales designados por cada parte y cuyo número varía de una Comunidad Autónoma a otra. He aquí su relación:

- 2 vocales por cada parte: Cantabria, Alava.
- 3 vocales por cada parte: Galicia, País Vasco, La Rioja, Navarra, Asturias.
- 4 vocales por cada parte: Castilla-León, Aragón, Baleares, Canarias.
- 5 vocales por cada parte: Cataluña, Castilla-La Mancha.
- 7 vocales por cada parte: Andalucía, Madrid.
- 9 vocales por cada parte: Murcia.

Únicamente en unas pocas Comunidades Autónomas se especifica la condición de los vocales por parte del Gobierno Autonómico: en el Acuerdo de Baleares se dice que los cuatro vocales designados por el Conseller de Educación y Cultura serán elegidos 'de entre los expertos de las distintas Islas Baleares'⁶⁴. En el de Andalucía se dice que los siete vocales autonómicos serán el 'Director General de Bellas Artes, el Director General del Libro, el Director General de Teatro, Música y Cinematografía, el Jefe del

(55) En algunos acuerdos se especifica más el papel de este obispo delegado: 'En las actuaciones necesarias para la ejecución del presente convenio, para la firma de cualquier instrumento derivado del mismo o para cuantas cuestiones exijan una ejecución conjunta o por medio de una comisión coordinada, los obispos diocesanos otorgarán mandato de representeanción en uno de ellos', Galicia, art.º; 'Uno de los obispos de las diócesis canarias por acuerdo entre ellos', Canarias, arts. 2º y 9º; Baleares, Reglamenteon art. 2º b).

(56) Murcia, art. 2º; Cantabria, art. 1º; Asturias, 2º; Álava, anexo art. 2º.

(57) La Rioja, art. 2º; Navarra, Reglamento 1º.

(58) Madrid, art. 2º.

(59) Andalucía, art. 2º.

(60) Madrid, art. 2º.

(61) Cataluña, Castilla-León, Aragón, Andalu

(62) Cantabria, Navarra, Asturias, Alava.

(63) Baleares, Reglamento, art. 2º d).

Servicio del patrimonio Artístico, y tres vocales⁶⁵. En el de Madrid, los siguientes siete cargos institucionales: 'Jefe del Gabinete del Presidente; Director General de Medio Ambiente y Patrimonio Arquitectónico; Director General de Salud; Director General de Bienestar Social; Secretario General Técnico de Cultura; Director General de Patrimonio Cultural; Director General de Educación'⁶⁶.

La Comisión, a su vez, suele estar dividida en subcomisiones de trabajo: archivos; bibliotecas (o archivos y bibliotecas); museos y bienes culturales muebles; patrimonio arquitectónico-monumental (o bienes inmuebles y arqueológicos); difusión cultural... Suele funcionar en pleno y en permanente, señalándose diferentes requisitos y formalidades a observar en cada caso y estableciendo fechas periódicas para sus reuniones, etc.

b) Competencias.

Las ya citadas Jornadas Nacionales de Delegados Diocesanos del Patrimonio Histórico-Artístico y Documental de 1983 hacían las siguientes observaciones en esta cuestión:

'Que el régimen de colaboración... abarque a los aspectos de legislación, programación y ejecución de las actuaciones administrativas sobre el patrimonio cultural. Que las comisiones mixtas Iglesia-autonomías comprendan las siguientes áreas: archivos, bibliotecas, museos y bienes muebles, patrimonio arquitectónico y documental, difusión cultural, música y artes y costumbres populares'⁶⁷.

Los acuerdos autonómicos siguen muy de cerca las anteriores recomendaciones y sus atribuciones o competencias principales son las siguientes:

a) Preparar conjuntamente los programas de intervención y sus presupuestos destinados a las áreas culturales que afectan a la Iglesia y que deberán ser presentados a los correspondientes organismos ejecutivos de la Autonomía⁶⁸.

b) Emitir dictámenes técnicos a las peticiones de ayuda económica o técnica dirigidas al Gobierno autonómico por parte de entidades eclesíásticas, así como sobre la adjudicación de tales peticiones o ayudas⁶⁹.

(65) Andalucía, art. 2º.

(66) Madrid, art. 2º, que, igualmente, señala de "Caritas"; Delegado Diocesano de Enseñanza; Responsable de N.º 4 de "Caritas"; Delegado Diocesano de Enseñanza; Responestión del Arzobispado; Delegado Diocesano de Cultura; y Delegado de Patrimonio Arquitectónico.

(67) nn. 5, 8.

(68) Cataluña, art. 6 a); Castilla-León, art. 3º a); Aragón, art. 2º a); Galicia, art. 5º. 1º; Baleares, Reglamento, art. 3º a); Murcia, art. 3º a); Adalucía, art. 3º a); Catabria, art. 2º a); La Rioja, art. 3º a); Castilla-La Mancha, art. 3º (5a); Navarra, Reglamento, atribución 1º; Asturias, 1º a); Madrid, art. 3º a); Canarias, art. 4º a).

(69) Cataluña, art. 6 b) y c); Castilla-León, art. 3º d) y e); Aragón, art. 2º b); Baleares, Reglamento, art. 3º d); Murcia, art. 3º c) y d); Andalucía, art. 3º d) y e); Cantabria, art. 2º b); La Rioja, art. 3º c); Castilla-La Mancha, art. 3º d) y e); Navarra, Reglamento, atribución 1º; Asturias 1º b) y c); Madrid, art. 3º b); Canarias, art. 4º b).

c) Establecer prioridades tanto de las ayudas económicas o técnicas como de los programas culturales que afecten a la Iglesia⁷⁰.

d) Establecer los módulos de catalogación y de inventario de archivos, bibliotecas, museos y del patrimonio artístico de la Iglesia (muebles e inmuebles) y el modo de su realización⁷¹.

e) Indicar las condiciones generales para poner a disposición de la Comunidad Autónoma los inmuebles eclesiásticos con el objeto de desarrollar actividades culturales previa la licencia de la correspondiente autoridad eclesiástica⁷².

f) Proponer las condiciones de uso y disfrute por los ciudadanos de los monumentos, museos, archivos, etc., de los que sea titular la Iglesia Católica⁷³.

g) Conocer cualquier acción que pueda afectar global y puntualmente al patrimonio cultural de la Iglesia Católica⁷⁴.

h) Informar y, en su caso, emitir un informe que se incorpore a los que exija la Ley sobre la declaración de Bienes de Interés Histórico y Artístico, cuando se trate de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a entidades eclesiásticas⁷⁵.

i) Conocer de todos aquellos asuntos que le sean remitidos por las Ponencias técnicas, y ratificar, si procede, los acuerdos de las citadas Ponencias⁷⁶.

j) Coordinar la difusión cultural en orden a dar a conocer, razonada y científicamente, el patrimonio cultural de la región. En caso de que determinadas acciones o publicaciones generaran algún beneficio económico, éste se destinará íntegramente a restauración del patrimonio cultural⁷⁷.

k) Conocer y estudiar los dictámenes elaborados por las comisiones provinciales en lo referente al patrimonio cultural de la Iglesia⁷⁸.

(70) Cataluña, art. 6 d); Castilla-León, art. 3º f); Aragón, art. 2º c); Galicia, art. 5º, 2º; Murcia, art. 3º e); Andalucía, art. 3º f); Cantabria, art. 2º c); La Rioja, art. 3º d); Castilla-La Mancha, art. 3º f); Asturias, 1º d); Madrid, art. 3º c); Canarias, art. 4º e).

(71) Cataluña, art. 6 e); Castilla-León, art. 3º g); Aragón, art. 2º e); Baleares, Reglamento, art. 3º c); Murcia, art. 3º f); Andalucía, art. 3º g); La Rioja, art. 3º e); Castilla-La Mancha, art. 3º h); Asturias, 1º e); Madrid, art. 3º f); Canarias, art. 4º f).

(72) Castilla-León, art. 3º b); Aragón, art. 2º g); Baleares, Reglamento, art. 3º b); Andalucía, art. 3º b); Castilla-La Mancha, art. 3º c); Navarra, Reglamento, atribución 3ª; Asturias, 1º f); Madrid, art. 3º e); Canarias, art. 4º h).

(73) Castilla-León, art. 3º c); Aragón, art. 2º f); Galicia, art. 5º, 5º; Baleares, Reglamento, art. 3º c); Murcia, art. 3º b); Andalucía, art. 3º c); Cantabria, art. 2º d); La Rioja, art. 3º b); Castilla-La Mancha, art. 3º b); Navarra, Reglamento, atribución 3ª; Asturias, 1ª j); Madrid, art. 3º d); Canarias, art. 4º g).

(74) Castilla-León, art. 3º h); Aragón, art. 2º h); Baleares, Reglamento, art. 3º f); Murcia, art. 3º g); Andalucía, art. 3º i); Cantabria, art. 2º f); La Rioja, art. 3º f); Castilla-La Mancha, art. 3º i); Navarra, atribución 4ª; Asturias, 1ª g); Madrid, art. 3º h); Canarias, art. 4º j).

(75) Aragón, art. 2º d); Galicia, art. 3º; Cantabria, art. 2º d); Navarra, atribución 2ª; Asturias, 1ª h); Canarias, art. 4º d) y e); País Vasco, estipulación 3ª.

(76) Andalucía, art. 3º h); Madrid, art. 3º g).

(77) La Rioja, art. 3º g).

78) Castilla-La Mancha, art. 3º g).

1) Establecer, conforme a las posibilidades existentes, la asignación del personal técnico y auxiliar adecuado para el cumplimiento de los compromisos concretos de actuación sobre el patrimonio, y proponer retribuciones adecuadas a las modalidades diversas que configuren el servicio, así como el régimen de las mismas⁷⁹.

Las competencias de estas Comisiones, por consiguiente, creo que son lo suficientemente importantes como para permitir una amplia acción de trabajo sobre el patrimonio cultural eclesiástico, de forma coordinada entre las instituciones autonómicas y eclesiásticas. En realidad, tal como venimos diciendo, se pretende que la Comisión Mixta sea el cauce institucional amplio y viable que posibilite una adecuada intervención eclesiástica y civil sobre el patrimonio cultural eclesiástico.

c) Estructura.

La organización de estas comisiones es muy semejante en casi todos los casos: la Comisión funciona en pleno y en permanente (para la resolución de asuntos de mero trámite o de aquellos problemas que por su urgencia no puedan esperar) y, en algunos casos, se establecen las mínimas sesiones ordinarias que deben tener cada año (v.g., una vez por trimestre; tres veces, dos o una al año; una vez cada semestre...). Se fijan, igualmente, los requisitos procedimentales y organizativos más pertinentes (antelación de las citaciones, fijación del orden del día, actas de las reuniones, trámites a seguir, etc.).

Únicamente los acuerdos de Andalucía y Madrid establecen una estructura organizativa algo diferente a los demás. El acuerdo andaluz determina que 'en cada una de las diócesis de Andalucía se constituirá una Ponencia Técnica para coordinar las actuaciones sobre los Bienes Culturales de la Iglesia localizados en el ámbito territorial respectivo', que estarán compuestas por seis personas (el Delegado Provincial de la Conserjería de Cultura respectiva y dos vocales por parte de la Junta de Andalucía, y tres vocales designados por el Ordinario de la diócesis respectiva), y que tienen una amplia red de competencias que parecen revestir un cierto carácter controlador autonómico más cercano e inmediato que las generales de la Junta, así como de cumplimiento de tareas previas y auxiliares a la Comisión Mixta Regional⁸⁰. Muy semejante disposición se encuentra en el Acuerdo de Madrid: también en este caso se acuerda construir 'una Ponencia Técnica' cuya finalidad es 'coordinar las actuaciones de los cuatro grupos de trabajo del Patrimonio Eclesiástico', que está formada por ocho miembros (cuatro vocales designados por la Comunidad Autónoma de Madrid, a través de la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Consejería de Cultura y Deportes, y otros cuatro por el Arzobispado de Madrid-Alcalá) y cuyas competencias son muy similares a las andaluzas: un control más cercano, no exento de un cierto intervencionismo autonómi-

(79) Galicia, art. 5º, 3º; Asturias, 1º i).

(80) Andalucía, arts. 9º-15º.

co desmesurado, de las decisiones y trabajos de la Comisión Mixta Regional⁸¹.

No acabamos de entender los motivos o razones para constituir estas 'ponencias técnicas': si en Andalucía pueden estar justificadas por la extensión territorial de la Autonomía, no lo está en el caso de Madrid, con el agravante de la fácil confusión y duplicación de competencias entre ambos organismos. Creemos que en ambos casos se han constituido unos organismos muy numerosos y complejos que fácilmente pueden volverse inoperantes. Contrasta ese modelo con el de otras Autonomías que también abarcan un amplio territorio (v.g., Castilla-La Mancha, Castilla-León) o tienen una gran riqueza en materia de patrimonio cultural eclesiástico (v.g., Aragón, Castilla-León, Cataluña) y cuyas Comisiones Mixtas son mucho más sencillas y ágiles, estructuralmente hablando.

5. Vinculación jurídica

La vigencia de los acuerdos autonómicos firmados, salvo en algunas autonomías en las que se establece una duración limitada a uno o dos años 'entendiéndose prorrogado su funcionamiento tácitamente por períodos anuales, salvo que cualquiera de las partes manifieste a la otra por escrito, con dos meses de antelación, como mínimo, al término del plazo inicial previsto o de sus prórrogas, su voluntad en contrario'⁸², es por tiempo ilimitado 'manteniendo su vigencia mientras las partes, o una de ellas, no proponga su revisión', estableciéndose en alguno de los acuerdos que a la denuncia del mismo debe preceder 'un preaviso de seis meses y en forma motivada'⁸³, o bien que la revisión o denuncia del mismo se debe proponer 'con al menos un mes de antelación a la finalización de cada ejercicio económico'⁸⁴.

Otra cuestión vinculada con la anteriormente expuesta del carácter o naturaleza de estos Acuerdos es la de su vinculación jurídica, la de su obligatoriedad jurídica para las partes contratantes. Según M. Baena, 'los actos de las Comunidades Autónomas en ejecución de los Acuerdos son actos administrativos sometidos plenamente a las normas de derecho público interno... Estamos, por tanto, ante actos de poder, que en cuanto a su forma, procedimiento y régimen jurídico se rigen por las normas de derecho administrativo. La única excepción a esta afirmación viene constituida por la previsión expresa contenida en varios Acuerdos de que los actos no adquirirán firmeza más que si después de comunicados por escrito no han sido protestados por la otra parte (Iglesia o Comunidad Autónoma) en el plazo de treinta días...'⁸⁵. Los Acuerdos Autonómicos, sin embargo, presentan una

(81) Madrid, arts. 10^o-16^o.

(82) Cataluña, art. 10; Vitoria, 3^o.

(83) Baleares, acuerdo IV.

(84) Madrid, art. 17^o.

(85) M. Baena, art. cit., 45.

mayor variedad y riqueza de matices y fórmulas para determinar cuándo y cómo tiene lugar la vinculación jurídica de las decisiones de las Comisiones Mixtas, supuesta la correcta observancia del procedimiento adecuado para la toma de decisiones en su interior:

a) Una gran parte de los Acuerdos se limitan a recordar que las decisiones de las Comisiones Mixtas se consideran firmes por las dos partes si no han sido protestadas en el término de 30 días, después de haberse comunicado por escrito a los organismos respectivos con capacidad decisoria⁸⁶. El Acuerdo de Baleares fija el plazo de 30 días pero a contar 'desde la fecha de adopción' (no de comunicación escrita) del acuerdo tomado⁸⁷.

b) Algunos Acuerdos añaden a lo anterior unas cláusulas, que parecen obvias, de estar en conformidad con la legislación española:

*'En cualquier circunstancia --se dice en el Acuerdo de Baleares-- quedarán sujetos (los acuerdos tomados) a la normativa aplicable'⁸⁸.

*'...sometidos --se lee en los de Andalucía y Madrid--, en cuanto a temas económicos, al procedimiento administrativo de acuerdo con la Ley de la Comunidad Autónoma'⁸⁹.

c) El Acuerdo de Navarra limita las actuaciones de la Comisión Mixta a meras consultas, desposeyendo a dicha Comisión de la capacidad decisoria: 'Los acuerdos de la Comisión se elevarán por escrito a los organismos respectivos con capacidad decisoria, a los efectos que proceda...'⁹⁰.

d) Otros Acuerdos, finalmente, expresamente reservan las materias estrictamente canónicas a la decisión de los respectivos Ordinarios: 'Por parte de la Iglesia, los acuerdos finales, especialmente sobre aquellas materias legisladas por el Derecho Canónico, quedan reservadas a los respectivos Ordinarios'⁹¹. Especificación cuya utilidad no acabamos de ver: en un caso, Navarra, el Arzobispo es el co-presidente de la Comisión Mixta por lo que no se entiende bien el sentido de una reserva que va dirigida a sí mismo. En los restantes casos, creo que se pueden arbitrar mecanismos previos a la toma de decisiones⁹² que eviten actitudes paralizantes del trabajo conjunto de la Comisión Mixta. Y para aquellos actos que sobrepasan la capacidad decisoria de los Obispos diocesanos, tales como la enajenación del patrimonio cultural⁹³, una tal observancia es completamente inútil.

(86) Cataluña, art. 10; Castilla-León, art. 8º; Aragón, art. 6º; Murcia, art. 8º; Cantabria, art. 4º; La Rioja, art. 7º; Castilla-La Mancha, art. 8º.2); Asturias, 3º, 5º.

(87) Baleares, Reglamento, art. 7º.

(88) Ibid.

(89) Andalucía, art. 8º; Madrid, art. 9º.

(90) Navarra, Reglamento 4º.

(91) Cataluña, art. 9; Aragón, protocolo adicional; Castilla-La Mancha, art. 8º. 1); Navarra, Reglamento 4º.

(92) Por ejemplo mediante la exigencia de legítimo mandato procuratorio: 'En las actuaciones --se lee en el de Galicia, art. 1º-- necesarias para la ejecución del presente convenio, para la firma de cualquier instrumento derivado del mismo o para cuantas cuestiones exijan una ejecución conjunta o por medio de una comisión coordinadora, los Obispos diocesanos otorgarán legítimo mandato de representación en uno de ellos'.

Sea como fuere, es lo cierto que algunos acuerdos incluyen la cláusula de que 'las dos partes se sienten vinculadas moralmente a los acuerdos de la Comisión...'⁹⁴. Indica, al menos, la buena fe de los firmantes y su deseo de llegar a acuerdos efectivos, por encima de las dudas teóricas que desde el ordenamiento jurídico español puedan plantearse a algunos aspectos de estos acuerdos.

6. Conclusión

Terminamos ya este breve análisis de los Acuerdos Autonómicos españoles sobre el patrimonio cultural eclesiástico haciendo una pequeña valoración y recapitulación de los mismos. Ciertamente que hay en ellos algunos aspectos negativos: la inseguridad jurídica en algunos puntos; el silencio generalizado sobre el patrimonio cultural de otras instituciones eclesiásticas (v.gr., Intitutos de Vida Consagrada, etc.); el carácter más programático, a veces, que jurídico; la reiteración literal de los mismos acuerdos para las distintas Comunidades Autónomas... Pero éstos, y otras cosas negativas que podrían decirse, son más defectos formales que de fondo: es decir, no invalidan ni los Acuerdos ni la intuición fundamental que subyace en los mismos.

La idea matriz que mueve a la firma de estos Acuerdos es la de lograr una cooperación efectiva a nivel regional entre la Iglesia local y la Autonomía correspondiente sobre la conservación del Patrimonio Cultural Eclesiástico, garantizando y armonizando los diferentes intereses en juego. Estos cauces institucionales, hasta cierto punto novedosos en España⁹⁵, se insertan en las actuales corrientes europeístas: 'En general hay, salvando materias reservadas a la Administración del Estado Central, una tendencia, tanto en los países federales como en los que no lo son, a la descentralización, a que los problemas se resuelvan por las autoridades regionales, provinciales o locales en conversación con los órganos correspondientes de la Iglesia'⁹⁶.

El cauce previsto para la actuación eclesial y civil sobre el Patrimonio Cultural Eclesiástico es, principalmente, la constitución de una 'Comisión Mixta' con amplias competencias en esta materia. Ciertamente que, como dice M. Baena, 'Todo esto... no son más que previsiones de futuro respecto al trabajo de las Comisiones, sin que en buena exégesis jurídica pueda afirmarse que se tiene derecho a exigirlo en un momento concreto. Los derechos y obligaciones se tendrán en estos puntos cuando se dicten los actos concretos... cuando se lleven a cabo auténticos actos administrativos...'⁹⁷. Pero estos Acuerdos ofrecen un buen marco para el trabajo

(94) Cataluña, art. 9; Aragón, protocolo adicional; Castilla-La Mancha, art. 8º 1).

(95) Un cierto antecedente puede verse en las Comisiones diocesanas previstas en el Concordato entre la Santa Sede y España, de 27 de agosto de 1953, art. XXI.

(96) J. L. Alvarez, art. cit., 107.

(97) M. Baena, art. cit., 45.

conjunto sobre la conservación del patrimonio Cultural Eclesiástico y pueden dar buenos resultados. De hecho ya los están dando a través de actuaciones conjuntas, nuevos acuerdos sobre materias más concretas, etc.⁹⁸. Ojalá con ello se contribuya a resolver satisfactoriamente, o al menos en buen entendimiento, los complejos problemas que plantea esta materia en las relaciones Iglesia-Estado, fiel reflejo de la preocupación existente en la sociedad española.

Anexo: Relación de Acuerdos sobre Patrimonio Cultural Eclesiástico firmados entre las Comunidades Autónomas y las Iglesias locales españolas.

- Reglamento del funcionamiento de la Comisión Generalitat- Iglesia en Cataluña para el Patrimonio Cultural, 22 Diciembre 1981.

- Acuerdo sobre la constitución, composición y funciones de la Comisión Mixta Junta de Castilla y León-Obispos de la Iglesia Católica de Castilla y León para el patrimonio Cultural, 16 Enero 1984.

- Convenio Diputación General de Aragón-Iglesia Católica en Aragón sobre el Patrimonio Histórico, Artístico y Documental de la Iglesia Católica en Aragón, 2 Octubre 1984.

- Convenio de colaboración entre los Obispos de las diócesis que comprenden el territorio de la Comunidad de Galicia y la Xunta de Galicia, con el fin de garantizar la conservación y fomentar el enriquecimiento del patrimonio Artístico y Documental de la Iglesia, 17 Abril 1985.

- Convenio entre el Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y los Obispos de las diócesis de Mallorca, Menorca e Ibiza, sobre Patrimonio Cultural de la Iglesia Católica, y Reglamento de la Comisión Mixta Gobierno Balear-Diócesis de la Iglesia Católica en las Islas Baleares sobre Patrimonio Cultural de la Iglesia Católica, 26 Abril 1985.

- Acuerdos sobre la constitución, composición y funciones de la Comisión Mixta Comunidad Autónoma de Murcia-Diócesis de Cartagena para el Patrimonio de Interés Cultural, 25 Septiembre 1985.

- Acuerdo sobre la constitución, composición y funciones de la Comisión Mixta, Junta de Andalucía-Obispos de la Iglesia Católica de Andalucía para el Patrimonio Cultural, 19 Diciembre 1985.

(98) Así, v. gr., la Junta de Andalucía y los Obispos de la Iglesia Católica en Andalucía firmaron el 16 de Junio de 1988 tres convenios más específicos sobre estas materias: 'Convenio de cooperación para la celebración esporádica de conciertos en inmuebles de la Iglesia Católica', 'Convenio de cooperación para la cesión de bienes inmuebles no dedicados al culto de la Iglesia para uso cultural', y 'Convenio de cooperación para la catalogación de los fondos musicales de los archivos catedralicios de Andalucía', Boletín Oficial del Obispado de Cádiz-Ceuta 135 (1989) 53-71. Sobre la cooperación para la restauración de edificios artísticos, celebración de actividades culturales, etc. (v. gr., en Castilla-León, Castilla-La Mancha, etc.), cfr. nuestro Boletín de legislación particular canónica española que publicamos cada año en la Revista Española de Derecho Canónico.

● Convenio entre la Diputación Regional de Cantabria y la Iglesia Católica en Santander sobre el Patrimonio Histórico, Artístico y Documental de la Iglesia Católica en Santander, 27 Enero 1986.

● Acuerdo entre el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Iglesia Católica en esta Comunidad Autónoma, para la constitución de una "Comisión Mixta" competente en materia de Patrimonio Cultural de la Iglesia, 7 Febrero 1986.

● Acuerdo entre la Excma. Diputación Foral de Vitoria y el Obispado en materia de Patrimonio Histórico-Artístico Religioso, 15 Abril 1986.

● Acuerdo para la constitución, composición y funciones de la Comisión Mixta Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja- Diócesis de Calahorra, La Calzada y Logroño para el patrimonio Cultural, 28 Abril 1986.

● Acuerdo entre la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y la Iglesia Católica de la Región, 9 Mayo 1986.

● Acuerdo de constitución de la Comisión Gobierno de Navarra- Iglesia para la defensa del Patrimonio Histórico, y Reglamento de la Comisión Gobierno de Navarra-Iglesia Católica en Navarra para el Patrimonio Histórico, 28 Febrero 1987.

● Acuerdo entre el Principado de Asturias y la Diócesis de Oviedo sobre Asuntos Culturales, 18 Febrero 1987.

● Convenio entre la Comunidad de Madrid y el Arzobispado de Madrid-Alcalá sobre el Patrimonio Histórico, Artístico, Documental y Bibliográfico de la Iglesia Católica, 21 Mayo 1987.

● Convenio entre el Gobierno de Canarias y la Iglesia Católica en esta Comunidad sobre el Patrimonio Histórico de la Iglesia Católica en Canarias, 29 Mayo 1987.

EL "ESCREIX". BREVES ANOTACIONES ANTROPOLÓGICAS

Sebastià Trias Mercant

Resumen.- A partir del marco documental histórico-jurídico, este enfoque antropológico pretende discutir las genealogías ideológicas del *escreix*. En tal caso aparece como una forma de intercambio de dotes en la que, por "razón de familia", la virginidad prematrimonial de la mujer constituye la fuente del derecho de contraprestación marital, la garantía de la maternidad y del linaje, la seguridad de una viudedad, económicamente aceptable para la mujer.

1. Introducción

La Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares en su artículo 68 establece: "El varón puede constituir en favor de la mujer soltera, con la cual trata de contraer matrimonio, aumento de dote o *escreix*", hasta la cuantía de una cuarta parte de ella"¹.

La historia ha puesto de manifiesto que la redacción de este artículo 68 prescinde o desvirtúa algunos aspectos implícitos en el concepto de *escreix*", según aparece en la documentación medieval. Estos aspectos, sin embargo, han sido recogidos por la bibliografía foral mallorquina, que, aunque breve, permite entender la naturaleza jurídica del *escreix*"² y su alcance histórico"³.

Georges Duby cree, sin embargo, que ha llegado el momento de rescatar los estudios sobre la familia y sus problemas de las exclusivas "manos de los historiadores del Derecho y de las instituciones para situarlos en primer lugar dentro de la evolución global de las ciencias humanas"⁴. Frente a los enfoques jurídicos e institucionalistas, interesados en entender la familia como un sistema social y normativo, caben enfoques antropológicos —al menos desde el segundo tercio de nuestro siglo—, capaces de captar su estructura cultural y simbólica. Se trata de penetrar las peculiaridades culturales de la experiencia familiar y de sus modos de comportamiento. Interesa averiguar, además de como se organiza la familia, qué significa lo que hace.

(1) Ley 5/1961, BOE 95, 21 de abril de 1961.

(2) Matias Mascaró, Derecho foral de Mallorca, Palma, 1891 y 1904, pp. 16-17. Luís Pascual, Derecho Foral de Baleares. Ensayo acerca de las instituciones relativas al régimen económico matrimonial, Palma, 1960, pp. 12 y 13. Roman Piña, La creación del Derecho en el Reino de Mallorca, Palma de Mallorca, Ed. Cort, 1987, p. 120.

(3) Jaime Salvá Riera (Derecho de familia en Mallorca, Palma, 1981) es quien mejor ha estudiado el tema del *escreix*" en Mallorca, de tal forma que su estudio constituye la fuente obligada de toda referencia posterior.

(4) Georges Duby, "Prefacio" en VVAA. Histoire de la famille. I Modes lointaines, modes anciens, Paris, Armand Colin Ed., 1986. Trd. cast. Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 283. En lo sucesivo, al citar esta obra y volumen, usaremos las siglas HF I.

Es evidente que un planteamiento de este tipo supone introducir determinaciones metodológicas nuevas, distintas de las usadas —relaciones jurídicas, realización de normas— por la Historia del derecho. Unos hablan de nuevas "estrategias", en el sentido de investigar la familia, no como institución que impone determinadas normas para la acción social, sino como conjunto de prácticas a partir de las cuales es posible comprender las condiciones de funicionamiento y producción del sentido del juego social⁵. Otros se refieren a la construcción de "modelos" —verticales y horizontales, en expresión de Lévi-Strauss⁶— que reflejen la familia como fidelidad lineal que conecta las generaciones o como una trama que se fragmenta y reproduce.

Nuestra intención es enfocar el tema del "escreix" desde la óptica antropológica referida. Interesa ir más allá —aunque teniéndolos muy en cuenta— de los aspectos económico-legales formulados por la Compilación foral y económico-matrimonial analizado por la bibliografía jurídica, pese a las connotaciones del Derecho consuetudinario (Roman Piña) y positivo (Jaime Salvá).

2. El escreix en el marco documental histórico-jurídico

El concepto de "escreix" aparece explicitado histórica y jurídicamente en tres tipos de textos: las Capitulaciones matrimoniales (*Actes sponsalícis*), los Testamentos y los Privilegios reales. Consideramos, como datos empíricos, algunos ejemplos.

Una Acta sponsalici de 1494 establece:

Jo Bernat Claret y Joaneta muller mia... colocam en matrimoni de paraula y de present, ne Joana filla nostra ab vos honorable en Matheu Moragues... e per contemplació y sustentació de dit matrimoni constituiescha la dita filla nostra en dot y en nom de adot, cent sinquant lliures reyalis moneda de Mallorca, les quals CL lliuras tingan y posseiescan tot lo temps de la vostra vida ab infants y sens infants y de quel fer vostra voluntat y jo dita Johana acceptat a vos dit Matheu Moragues per leyal marit donant vos a mi e lo meu cos per leyal muller e rabeu lo vostro per leyal marit e yo dit Matheu Moragues acceptant vos dita Johana per leyal muller donant a vos lo meu cos per leyal marit e per lo dret que las donzelles de Mallorca per cause de lur virginitat fas a vos screx de XXXVII L. qui es la quarta part del dit dot suma que serie entre dot y ascrex sent vuitanta set lliuras, deu sous... y en cas de restitutio per mort del hu ó del altre, promet de restituir lo adot ab tots sos drets a ella pertanyents sots obligació de tots mos bens mobles i immobles, presents i esdevenidors de nosaltres⁷.

(5) Bordieu, "Les stratégies matrimoniales dans le système de Reproduction". *Annales*, 27(1972), 1.105-1125 y "La terre et les stratégies matrimoniales", en *Le sens pratique*, Paris, Minuit, 1980, pp. 249-270.

(6) Claude Lévi-Strauss, "Prólogo" en HF 1., pp. 11-12.

(7) Cf. Juan Muntaner y José Argente, Introducción a la Historia de Valldemosa, Mallorca,

Los testamentos —uno de Berenguer Puculul (1260) y el otro Johan de Tagamanent (1468)— especifican:

Sadesch a la dona na Saurina muler mia son spoalici, qui son DC morabatins, e CCC descres, e si esta sens marit sia le scresx seu a sa voluntat.

Lex a la dita Francina muller mia lo seu dot de dos milia liures, les quals a mi en dot ha constituïdes e aquelles he rebudes. Aixi matex lex a la dita muller mia lo seu scresx qui li feu en temps de son matrimoni a totes ses voluntats faedores⁸.

El Privilegi del rei Sanç (1316) establece:

Primo ordenà que nangu gos fer ne dar per scresx a sa muller mes que no sarà la quarta part del axovar que pendrà axi que si lo axovar es de CCCC llires lo scresx sia de C lliures. E daquiavant segons mes o menys e qui contra farà pagarà de pena XXV lliures e que lo dit scresx de dret no vulla sino quand a la quarta part⁹.

La lectura conjunta de los documentos antes transcritos permite advertir tres niveles estructurales de organización: sexual, generacional y económico.

La sexualidad aparece definida mediante tres conceptos: la virginidad prematrimonial de la doncella, la donación recíproca y leal de los cuerpos y la exigencia de una fecunda maternidad.

El sentido generacional es explicitado directamente con la expresión *vida ab infants y sens infants* y, indirectamente, mediante el concepto de linaje patrilineal, nombrando el padre y el futuro esposo, cada vez que se citan, con su propio nombre y apellidos. Se calla, en cambio, el apellido de las mujeres. También el primer testamento, como era costumbre, pretende mantener el linaje puro, asegurando la fidelidad de la mujer *post mortem* del marido a través de la viudez de la esposa¹⁰.

El tejido económico está introducido en el Acta de esponsales mediante la expresión *per sustentació del dit matrimoni*, seguida de la enumeración de los factores que la garantizan: constitución, por parte de los padres de la novia, de la dote con todos los derechos a ella pertinentes; la donación, por parte del marido, según derecho, del "escreix"; los bienes presentes y futuros del marido y de la esposa. Se ha dicho que la dote era el sostén de la vida familiar, hasta el punto que algunos juristas del siglo XII

1980, pp. 242-243. Para una contextualización antropológica del referido documento, véase Sebastià Trias mercant, *Valldemossa. L'amor i la cuina*, Palma de Mallorca, Ed. Moll, 1982, pp. 111-113. Adviértase que la *Compilación del Derecho especial de Baleares* (BOE, 95, 21 de abril, 1961) recoge los caracteres del "escreix", expresados en el documento anterior, de "en favor de la mujer soltera" y la "cuantía de una cuarta parte". Sin embargo, suprimen la exigencia de "virginidad", explícita en el Acta de esponsales.

(8) BSAL, V (1894), 30 y X (1904), 14.

(9) BSAL, XVII (1919), 117.

(10) C. Henri Bresc, "La Europa de las ciudades y de los campos (siglos XIII-XV)", en HF 1, p. 423.

discutían que no era obligado que el marido diera *alimenta et medicina* a la mujer que no había aportado dote alguna al matrimonio. Otros pensaban, en cambio, que en cualquier caso la mujer estaba siempre "al servicio" del marido¹¹. El Privilegi determina el valor en moneda de la dote y del "escreix" y los testamentos, así como el Acta esponsalicia, esbozan una viudedad femenina sobre la base de la dote y el "escreix".

Dentro del entremado jurídico y socio-económico descrito, el "escreix" se transparenta con dos características antropológicas importantes:

Derecho que tienen las doncellas mallorquinas, a causa de su virginidad prematrimonial, a una contra-prestación o compensación económica, constituida por la cuarta parte del valor de la dote aportada al matrimonio por la mujer.

Derecho testamentario a recuperar como viudedad el "escreix" y la dote, vinculándolo, sin embargo, a la viudez de la mujer¹².

Las breves observaciones procedentes ponen de manifiesto que el "escreix" se perfila antropológicamente como un "intercambio recíproco", según el cual el "don de la virginidad", que aporta la mujer como garantía de un conjunto de "bienes uterales" - algunos han indicado que la máxima dote aportada por la mujer al matrimonio es la "fecundidad"¹³-, debe ser compensado por parte del marido mediante contraprestaciones económicas.

3. El "escreix" en el ámbito antropológico del intercambio

Decir que el "escreix" se perfila como una forma de intercambio recíproco exige aclarar la semántica antropológica de este concepto.

Desde que Levi-Strauss recuperó el concepto de unidad familiar establecido por Morgan y lo concibió como una forma de intercambio matrimonial ligado a interdicciones y prescripciones, la Antropología ha considerado el principio de la prohibición del incesto la regla básica de dicho intercambio¹⁴. Las relaciones biológicas de sexualidad son transformadas en determinaciones de alianza regidas por la exogamia. Pero, para que el sistema funcione, es necesario que el mismo grupo sucesivamente sea

(11) Manlio Bellomo, "La condizione giuridica della dona nel medioevo", en Michela Pereira, *Né Eva né Maria. Condizione Femmine e immagine della donna nel medioevo*. LS. 20, Bologna, Zanichello editore. 1981. En lo sucesivo citaré la obra de Pererira con las siglas nEM.

(12) La Compilación del Derecho civil especial de Baleares, citada anteriormente, no hace alusión al respecto. Sin embargo, el Texto Refundido de la compilación del Derecho Civil de Cataluña (Ley 13/1984 de 20 de marzo), en su artículo 46, indica: "Disuelto el matrimonio por muerte del marido, la mujer adquirirá el usufructo del esponsalicio o "escreix" y lo conservará aunque contraiga nuevas nupcias; pero, en este caso último deberá asegurar su restitución con causa idónea".

(13) Michela Pereira, "L'educaziobe femmine alla fine del Medioevo. Condizione sul De eruditione filiorum nobilium de Vincenzo di Beauvais, Quaderni, 23 (1983), 109-123.

(14) No interesa discutir aquí las distintas teorías que analizan e interpretan el principio in-

dador y receptor; es decir, es imprescindible la reciprocidad. El hecho de ceder una hija o una hermana crea el "derecho" de recibir a cambio ciertas contra-prestaciones. El donante espera ser recompensado en una medida equivalente a los bienes que donó.

El matrimonio aparece siempre, pues, como un intercambio recíproco. Las mujeres, "objetos de cambio", se convierten en bienes que deben ser compensados. Cuál es el significado de este valor de cambio es hoy una cuestión disputada.

Según algunas interpretaciones las mujeres y sus cualidades femeninas se convierten en "mercancías" intercambiables. Se trata, pues, de la "compra" o de un "trueque" por el cual el intercambio se realizaría entre unos bienes económicos y las mujeres y sus cualidades. En esta línea mercantilista Marvin Harris cree que el intercambio debe explicarse en términos de ventajas económico-demográficas e, incluso, ecológicas¹⁵. Esta tesis ha sido criticada por distintos antropólogos como Goody, Rubin, Collard, por ejemplo¹⁶.

Otros enfoques conciben las mujeres y sus cualidades como "bienes inapreciables", cosa que permite interpretar el intercambio como un cambio de dones al estilo del "anillo del kula" o del "potlach"¹⁷. Se intercambian dones según la fórmula de dar, recibir, devolver. Este sistema facilita una formación social, alejada de cualquier tipo de agrupamiento realizado exclusivamente sobre la consanguinidad y el azar de las uniones sexuales¹⁸.

Lévi-Strauss advirtió que, pese al carácter universal del intercambio matrimonial, éste toma formas culturales distintas - intercambio restringido e intercambio generalizado- en función de los grupos sociales de referencia¹⁹. El intercambio restringido es exclusivamente un intercambio de mujeres según la fórmula de "dador-dador". El sistema de intercambio generalizado -elemental y complejo- define un intercambio cadena entre los participantes. El intercambio complejo, característico de nuestras sociedades occidentales, al prohibir el matrimonio en el círculo de parientes

dicado, una clasificación de las cuales puede leerse en Ramon Vaidés del Toro. *Antropología*, Madrid, UNED, 1976, XV, 5, pp. 39-48. Tampoco se trata de definir sus notas fundamentales. Una buena sistematización de las cuales puede encontrarse en Françoise Zonabend, "De la familia. Una visión etnológica del parentesco y de la familia", en *HF* 1, 17- 79, pp. 34-43.

(15) Mervin Harris. *Introducción a la Antropología general*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, pp. 274-278.

(16) J. Goody, "Marriage, Prestations, Inheritance and Descent in Pre-Industrial Societies", en *Journal of Comparative Family Studies*, 1 (1970). G. Rubin, "The Traffic in Women: Notes on the Political Economy of sex", en R. Teiter (ed), *Toward an Anthropology of Women*, Nueva York, London, Monthly Review Press, 1975. C. Collard, "Echangés, échangistes, structures dominées et dominante d'échange matrimonial, le cas Guindar", en *Culture*, L. I (1981), 3-12.

(17) M. Mauss, "Ensayo sobre el don" en *Sociología y Antropología*, Madrid, Ed. Tecnos, 1971, pp. 153-263. Sobre la relación entre el potlatch y el cambio de mujeres, Cf. G.P. Murdok, *Nuestros contemporáneos primitivos*, México, FCE., cap. 9.

(18) Frank Tinland, *La différence anthropologique*, París, Aubier, 1977, 240.

(19) Claude Lévi-Strauss, *Las estructuras elementales de parentesco*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1985, 2 vols.

próximos sin dictar expresamente la elección del consorte, corre el riesgo de dejar el don inicial sin contrapartida. Para evitar este riesgo surge la institución de la compensación matrimonial, consistente en prestaciones en especie o en metálico, que la familia del esposo debe a la esposa.

Si aceptamos, según la documentación aportada en el apartado segundo, que el "escreix" es una donación que hace el marido a su mujer con ocasión del matrimonio a causa de su virginidad, es evidente que el "escreix" se rige por la regla del intercambio recíproco según la fórmula de la compensación matrimonial. Es evidente también que, atendiendo a los términos del Acta sponsalicia presentada, la regulación del "escreix" va más allá de la simple interacción biológico-sexual, aunque ésta se encuentra en su base, para entrar en las normas de la alianza. Después de la entrega mutua de los cuerpos entre mujer y marido (*Donant vos lo meu cos... e rebent lo vostro*) y como consecuencia de la virginidad femenina se establece *lo dret* de la mujer a una "compensación matrimonial".

¿La compensación a la virginidad prematrimonial regulada por el "escreix" responde a una relación económico-mercantil o a una vinculación dadivosa? La respuesta exige conocer el contexto cultural en que se mueven tales intercambios.

4.- El "escreix" y sus líneas genealógicas.

La investigación ha seguido dos caminos metodológicos diferentes al respecto. El primero, más afín con la Historia del derecho, pretende fijar el origen histórico del "escreix". La segunda vía, netamente antropológica, intenta trazar la genealogía del "escreix" configurando la semántica de los conceptos básicos que lo integran.

La vía histórico-jurídica comprende distintas versiones. para unos, el "escreix" tiene su origen —paralelamente a la dote y a las arras— en la "donación de la mañana" (*morgengabe*), establecida por el sistema jurídico germano del siglo V (Pérez Pujol) y en base a la tradición visigótica, que, inexistente en mallorca, aportan a la isla sus repobladores catalanes (Roman Piña)²⁰. Otros autores confunden el "escreix" con el *sponsalium* romano y lo consideran un aumento de dote a semejanza de las arras castellanas, aunque ambas instituciones no puedan equipararse²¹. Según un tercer grupo el "escreix" es una institución jurídica que participa a la vez de la naturaleza de la *morgengabe* y de la donación romana *propternuptias* (Bienvenido Oliver). En tal caso, sin embargo, esta donación del marido a la mujer aparece desvirtuada en su pureza primitiva —su carácter especial de donación en honor de la virginidad— para convertirse en donación asimilada a la dote. Por último, otros investigadores consideran el "escreix" como la fusión de la dote y la *morgengabe* germánicas, advirtiendo,

(20) Roman Piña, ob. cit. p. 120.

(21) Joan Pere Fontanella, *De Pactis nuptialibus*, Cf. en *Tractat dels pactes nupcials o capítols matrimonials de Joan Pere Fontanella*. Estudi i notes de Francesc Maspons, Barcelona, Ed. Ibèrica, 1916, vol I, pp. 110-111.

además, que la dote genuinamente goda, se infiltra del espíritu del derecho romano hasta confundirse en Mallorca en la dote justiniana. El "escreix", pues, participa del carácter de la dote por ser una donación proporcional a ésta y se relaciona con la *morgengabe* en no deberse a las viudas y poderse constituir, a semejanza de la "donación de la mañana", después de consumado el matrimonio (J. Salvá)²².

El método antropológico sigue otro camino y pretende trazar la genealogía del "escreix" definiendo las líneas ideológicas que le ofrecen soporte. Por todo lo dicho hasta aquí cabe destacar dos ideas básicas en la conceptualización del "escreix": Una virginidad prematrimonial que, por una parte, es la fuente del derecho a la contraprestación marital y, por otra, garantiza una maternidad y un linaje familiar. Una viudez casta, que favorece una viudedad aceptable para la mujer.

El "escreix" exige la virginidad de la mujer. No cabe duda que esta exigencia obedece a una compleja ideología, cuyos matices y formas originarias no sólo integraron elementos de muy distinta procedencia sino que, además, fueron variando a lo largo de toda la Edad Media. Quizás el núcleo inicial debamos buscarlo en las presiones estoico-cristianas del Bajo imperio respecto a la educación de la mujer. Tales presiones apoyaron el "movimiento de continencia y virginidad" que propiciaría, en el siglo III, la redacción de los célebres Tratados sobre la virginidad, de gran difusión en el mundo mediterráneo²³. La gran receptividad mediterránea de dichos tratados ha sido interpretada distintamente. Para unos representa el triunfo de lo patriarcal-anímico sobre lo matriarcal-corporal. Las tribus preindoeuropeas con un sustrato matriarcal-agrario dominante²⁴, al ser invadidas por los pueblos nómadas indoeuropeos patriarcal-totemistas, fueron absorbidas por los esquemas de sus valores culturales: el padre-jefe frente a las diosas de la fecundidad, la aristocracia de la conquista frente a la ginococracia, el tiempo lineal frente al tiempo circular menstrual²⁵. Según otros, el monoteísmo cristiano de la ribera norte del Mediterráneo y el monoteísmo islámico de la ribera sur, al imponer lo patriarcal como *logos*, reducen la sensorial-corporal de la feminidad e instauran los tabúes de la pureza y de la exogamia.

Este movimiento originario de continencia y virginidad se fue consolidando, según Toubert, en una "ideología del matrimonio"²⁶ que garantizaba la legitimidad matrimonial y rechazaba las *illicitae copulae* y las *iniusta conubia*. Paulatinamente esta ideología se traduce en normas jurídicas que definen el matrimonio cristiano en su carácter socio-legal (*nup-*

(22) Jaime Salvá Riera, ob.cit.

(23) Aline Rousselle, "Gestos y signos de la familia en el Imperio Romano", en HF 1, p. 276.

(24) El ritual de la "Covada", conservado hasta muy recientemente en Ibiza, así como en otros pueblos mediterráneos, es un resto importante de la presencia del matriarcalismo agrícola mediterráneo.

(25) F.K. Mayr, Matriarcalismo y patriarcalismo, Manuscrito, 1980.

(26) Pierre Toubert, "El momento carolingio (siglos VIII-X)", en HF 1, pp. 364-374

tiae legales) —establecimiento de la homogamia, consentimiento de los parientes, constitución de la dote y, quizás también, del "escreix"— y sacramental (*nuptiae mysticae*), según el modelo de la unión de Cristo con su Iglesia y, por tanto, como remedio de la lujuria.

A partir del siglo XIII el carácter más espiritual de la virginidad femenina entra en juego, entre los nobles ribereños del Mediterráneo, con una fuerte preocupación por el honor²⁷, cosa que la protege y la preserva. Pero, además, el establecimiento de una serie de "rituales de desvirgamiento" en la primera noche de bodas —el ofrecimiento al esposo de un ponche tras el grito de la recién casada, la celebración familiar en la habitación nupcial, una hora después de acostarse, de haber dominado las *ai-guilletes* (= maleficio que impedía la consumación del matrimonio)— favorecía aquella virginidad prematrimonial.

No cabe duda que el "escreix" encaja dentro de esta línea genealógica de la virginidad. Es suficientemente significativa la norma de Jaime I en las Cortes de Tarragona de 1260, según la cual *la donatio per noces o scres es degut a la Mare per raho de la sua virginitat*. Esta idea fue explicitada en el Código de Tortosa al afirmar que el "escreix" sólo se debe a la virgen y sólo se perfecciona la donación después de la consumación del matrimonio, rescindiéndose en caso contrario.

La ideología de la virginidad prematrimonial se engarza íntimamente con la idea de conyugalidad y, consecuentemente, con la concepción de la mujer como portadora de bienes. Goody ha demostrado que las estructuras familiares difundidas en las sociedades de la cuenca mediterránea hacían hincapié en la conyugalidad²⁸. El matrimonio aseguraba la "legitimidad" de la descendencia y el derecho sobre la "tenencia".

Mediante la legitimidad se intentaba consolidar la pureza de sangre como un bien. La literatura de las *Specula* ponía en claro que la valoración de la mujer corría a la par de la valoración del matrimonio, la prole no sólo es procreación sino también reconocimiento de la maternidad como valor, ya que la mujer es portadora de "bienes uterinos" que deben ser preservados. De ahí las interdicciones contra las *illicitae copulae* y las prescripciones a favor de la "calidad del linaje".

Mediante la tenencia se pretendía regular ciertas garantías en favor de la mujer, entre las cuales cabe considerar la pensión de viudedad.

Aunque desde el ámbito del "escreix" la viudedad está fuertemente ligada a la idea de una viudez casta, no podemos descartar tampoco un sentido socio-económico de seguridad social. Esta es una idea presente, incluso, en las culturas más antiguas. En los matrimonios babilónicos, por ejemplo, el marido tenía la facultad de asignar a la mujer una viudedad

(27) G. Tillian, *Le Harem et les cousins*, Paris, 1966. Un estudio muy interesante sobre la virginidad es el de E. Cassiu, "Virginité et stratégie du sexe", en *La Première Fois ou le toman de la virginité perdue à travers les siècles et les continents*, Paris, Ramsay, 1981, pp. 241-258.

(*nudunnu*), especie de beneficio de supervivencia destinado a asegurar a la mujer su vejez en caso de viudez²⁸. También Foucault, basándose en textos helenísticos, ha mostrado que en la *ekdosis*, aunque vaya desapareciendo el hecho de la entrega de la hija en matrimonio, se afianza el contrato matrimonial como contrato financiero²⁹. En este contrato las mujeres no sólo reciben su dote, de la que disponen cada vez más libremente en el matrimonio, sino que además reciben su parte de herencia.

En el ámbito de la Europa medieval la genealogía socio-económica del "escreix" viene determinada por la cognación y la separación de bienes, dos factores que garantizan a la mujer una cierta independencia económica de los hijos. Pierre Guichard ha indicado que en el siglo VI, dado que el matrimonio era fundamentalmente una compra, la dote de la esposa debe tener como contrapartida una pensión de viudedad (*morgengabe*), pensión que se hacía efectiva una vez consumada la unión carnal y considerar a la mujer como ama de casa³⁰. Francesc Maspons ha subrayado, sin embargo, que en Cataluña el "escreix" no se da, sino que sólo se promete, porque los bienes que lo forman, que son del marido, no pasan a las manos de la mujer. Por tal motivo, durante el matrimonio, no puede ser reclamado, sino únicamente cobrar el usufructo a la muerte del marido³¹.

En el siglo XII, debido al menor número de mujeres respecto de los hombres, la mujer fue afianzado su posición económica, su valoración moral y una legislación protectora de sus intereses³². La mujer aporta al matrimonio un *maritagium*, que el esposo usará para mantenerla -ya hemos visto las discusiones al respecto en páginas precedentes- y recibe una donación (*donatio propter nuptias*) del esposo, que empleará como pensión en caso de viudedad.

Se ha discutido si la donación *propter nuptias* romana coincide con la donación llamada en Cataluña per noces. parece ser que son diferentes. Mientras la primera la hace el padre al hijo con el fin de que pueda contraer las nupcias con un mayor honor, la segunda es una donación a la mujer por parte del marido y a utilidad de aquella en compensación o en aumento de la dote. Efectivamente, Jaime I en las Cortes de Tarragona señalaba que la escritura dotal debía ser concebida en estos términos: "Yo te entrego a ti, mujer mia, tanto por tu dote y por tu sponsalicio ("escreix"), entendiéndose que la tercera parte de esta cantidad es la donación *propter nuptias*"³³. Pese a ello -quizás porque el "escreix" era mera promesa durante el ma-

(28) Jean-Jacques Classner, "De Sumer a Babilonia: familias para administrar, familias para reinar, en HF 1, p. 126.

(29) Michel Foucault, ob. cit., pp. 73-74.

(30) Pierre Guichard, ob. cit., p. 313.

(31) Francesc Maspons i Anglasesell, *La llei de la família catalana*, Barcelona, Ed. Barcino, 1935, p. 40.

(32) Robert Fassier, ob. cit., p. 395. La diferencia entre mujeres y hombres en la época de referencia se ha estimado respectivamente entre 90-95 contra 100-110.

(33) Item, quando instrumentum detalitiuum, sit in hec verba, ego talis dono tibi tali uxori mea tantum pro dote tua et sponsalicio, quod intelligatur tertia pars ipsius quantitatis esse

trimonio — la recuperación de la pensión de viudedad era a menudo difícil y la viudez, en consecuencia, se hacía penosa³⁴.

5.- El significado antropológico del "escreix".

Las breves indicaciones precedentes permiten ensayar una opción antropológica de la significatividad del "escreix", siempre enmarcada en la que algunos medievalistas coinciden en llamar la "ideología de la mujer". Una ideología que hace confluír la variedad de comportamientos femeninos en la categoría de "mujer"³⁵. Se concibe la mujer como una figura femeninamente contradictoria, siempre subordinada a una cierta "razón de familia", ausente de cualquier encuadre social, considerada un objeto de deseo. La mujer, que era a la vez Eva y maría, pecadora y madre, tentación e ideal — algunos autores hablan de cierto maniqueísmo teológico que abrió una serie de aporías con el fin de superar la contradicción entre la *voluptas carnis* y la *fecunditas carnis* —, estaba integrada inevitablemente en un sistema familiar en la cual dependía de la patria potestad o del *ius corrigendi* del marido. Esta situación era apoyada por la Iglesia que le negaba cualquier consideración social para definirla individualmente y sólo como virgen, esposa y viuda. Tal situación convertía la mujer o en un "objeto de lujuria"³⁶ o en esposa y "objeto silencioso de un don" entre el padre y el pretendiente. Pese a ello no podemos olvidar que en Mallorca la mujer gozaba de independencia económica, cosa importante en la consideración del "escreix".

Debemos considerar, pues, el "escreix" como el intercambio de una contraprestación marital debida a la virginidad prematrimonial de la mujer, proyectándose como viudedad bajo la exigencia regularmente de la viudez femenina³⁷.

Se ha dicho que las *virgenes* y las *viduae* fueron vistas siempre con veneración. Sin embargo la virginidad ha sido interpretada distintamente según sea el tiempo y la obra medieval de referencia. Podemos hablar de una teoría ginecológica de la virginidad según la cual, a causa de la creencia médica de que el útero femenino con la actividad sexual pierde fecundidad, se consideraba que la muchacha debía mantenerse virgen prematrimonialmente como prevención ginecológica contra los posibles da-

donatio propter nuptias (privilegio Recognoverent Procers, vol. II, Libro I, Tit. XIII. Cf. Francesc Maspons, *obcit.*, pp. 107-108.

(34) Henri Bresc, "La Europa de las ciudades y de los campos (siglos XIII-XV)", en HF I, p. 423.

(35) Michela Pereira, nEM., p. 10. Manlio Bellomo, *o. cit.*, pp. 55-63. Vern Bullough, "La medicina medieval e l'inferiorità femmineile", en nEM., pp. 135-145.

(36) Véanse akl respecto los interesantes trabajos de Armand Llinarés en los que aparece, incluso, el carácter contradictorio de la mujer señalada anteriormente: "La femme chez Raymond Lull", en *La femme dans la pensée espagnola*, París, 1983, pp. 23-37 y "Amor carnal i amor espiritual en Ramon Lull", *Llengua i Literatura*, I (1986), 9-29.

(37) Las *viduae* compartían los honores de las vírgenes mientras no contraían segundas nupcias, siempre mal vistas y consideradas una *species stupri* o, cuando menos, un decoroso adulterio. La legislación eclesiástica relativa a las segundas nupcias agravó la condición de las viudas mediante interdicciones y prohibiciones. Cf. Oronzo Giordano, *Religiosidad popular en la alta Edad Media*, Madrid, Ed. Gredos, 1983, pp. 193-196.

ños —esterilidad, aborto— que pudieran provocar las relaciones sexuales prematuras en los mecanismos de reproducción³⁸. Una teoría pedagógica de la virginidad, complemento de la anterior, enseñaba que el fin de la educación femenina era la conservación de la integridad corporal, para mantenerla intacta para la boda y, sobre todo, para asegurar la fecundidad matrimonial, en peligro según el principio médico antes establecido³⁹. La teoría moral de la virginidad, recogiendo ideas de Filón, entiende la virginidad como un valor racional superior a través del cual la mujer, más perceptiva y sensitiva, puede igualarse intelectualmente al hombre⁴⁰. Se creía, pues, que el modo para una mujer de conseguir un nivel masculino de racionalidad era mantenerse virgen. Otras teorías de carácter social indican que acto sexual, lazo conyugal, progenie y familia son elementos sólidamente ligados en una unidad indisoluble. Sustraer de ésta los placeres para separarlos de la relación conyugal y proponerles otros fines es atentar contra lo que constituye lo esencial del ser humano. La desviación no radica en el acto sexual mismo, sino en el acto disociado del matrimonio en el que la sexualidad tiene su forma natural y su finalidad razonable. El matrimonio constituye, pues, el único marco legítimo de la unión sexual⁴¹.

Pese a las restricciones prematrimoniales que las teorías anteriores parecen confirmar, Alvaro Santamaría ha demostrado que en la Mallorca de la postconquista y de comienzos del siglo XIV existe una relativa laxitud religioso-moral que combina en la normativa matrimonial cierta "rigidez formal" con una clara "tolerancia pragmática de la Iglesia" y con evidentes "componendas de la realeza"⁴². Si por una parte la Resolución del rey Sancho en 1320 condenaba a muerte al bigamo, aunque con la atenuante de matrimonio no consumado, la Carta de Franquesa recalificaba el adulterio, considerado por doquier como "delito público", en "delito privado", sólo sancionado a instancia de la parte afectada. En este contexto, y después del análisis de algunos casos concretos, concluye Santamaría que al menos los aspectos económicos generan social y jurídicamente los mismos efectos para la concubina (*amasiae tuae*) que para la esposa (*exori tuae*)⁴³.

Frank Tinland, reinterpreta a Levi-Strauss mediante un acercamiento a Malinowski, nos ofrece una teoría ritualista de la virginidad fren-

(38) Leemos en el *De secretis mulierum* (1320): *ne cum viro commorata transgrediatur, aut certe sterilis efficiatur, scilicet per ipsius sterilitas procurationem vel prolis suffocationem vel per nimiam concubitus frequentationem*. Cf. Michela Pereira, "Un trattato medievale sul corpo delle done: il *De secretis mulierum*", *Memoria. Rivista di Storia delle done*, 3 (1982), 108-113). Paola Manuli, "Elogio alla castità. La 'Ginecologia' di Sorano", *Memoria*, 3 (1982), 39-49.

(39) Michela Pereira, "L'educazione femminile alla fine del Medioevo...", *Quaderni*, 23 (1983), 109-123.

(40) Vern L. Bullough, *ob. cit.*

(41) Michel Foucault, *Ob. cit.*, p. 159.

(42) Alvaro Santamaría, "Sobre moral y religiosidad en la postconquista de Mallorca", en *La cultura mallorquina de la Edad Mitjana fins al segle XX. Estudis Balearics*, 29-30 (1988), 25-32.

(43) *Ibid.*

te a las interpretaciones bio-economicistas⁴⁴. Si se nivela "valor de cambio" y "valor de uso", la mujer aparece en el intercambio como un "bien fungible" porque, al identificar sin residuos mujer y virginidad, ésta desaparece con el uso. Biológicamente, en orden a la reproducción, es irrelevante que la mujer que se intercambia esté, o no "*usada*". Más aun, su uso, y su uso exitoso, puede constituir una garantía de calidad en el intercambio, puesto que su "funcionamiento" queda asegurado. En no pocas culturas la esterilidad de la mujer se considera un fraude en la relación del intercambio. Pero la mujer culturalmente es un objeto de culto, en cuyo caso es considerada "madre fecunda" en la medida que representa el origen y fundamento de la vida. El intercambio tiene, pues, carácter ritual. Forma parte del rito según el cual la "fuente" de la que va a surgir la vida debe estar "sellada" o por estrenar (virginidad). Desde esta perspectiva cree Tinland que el fundamento de la prohibición del incesto no es realmente el intercambio, sino precisamente la virginidad. La calidad que primeramente se busca es que el don esté "nuevo", sin estrenar, y, secundariamente, que "funcione" como es debido.

Atendiendo a unas y a otras circunstancias cabe aventurar una versión distinta del "escreix" desde la perspectiva de la virginidad. En el "escreix" la virginidad puede ser una garantía de la "genealogía cultural" de las familias implicadas y, dentro de la misma, la consolidación de la llamada "compatibilidad matrimonial" asegurando biológica y culturalmente el linaje⁴⁵. Impone, pues, ciertas elecciones en función de normas colectivas.

La dote y el "escreix" constituían un "fondo conyugal" en torno a la mujer consolidando una relativa seguridad social (*viudedad*) a su viudez. En muchas ocasiones, sin embargo, ese fondo conyugal sufrió una dura oposición y, por tanto, la realidad social de la mujer no fue la que teóricamente debía.

Jack Goody habla de la lucha de la Iglesia a favor de las familias restringidas y de la soltería casta y en contra de todas aquellas "solidaridades familiares" que pudieran comprometer el patrimonio que adquiriría a través de los legados de sus fieles⁴⁶.

Manlio Bellomo es todavía más radical y se refiere a una aversión general (*odium*), a comienzos del siglo XII, contra la "donación" (*escreix*) que recibía la mujer de su marido en el acto del matrimonio⁴⁷, donación, que Bellomo fija en la tercera o cuarta parte del íntegro patrimonio del varón. Tal aversión alcanzó también a la dote en el sentido de convertirla exclusivamente en una "dote prometida". Esta situación — pese a la importancia

(44) Frank Tinland, ob. cit.

(45) F. Zonabend, "Les pas tres proche et le pas trop loin. Reflections sur l'organisation du champ matrimonial des sociétés à structures de parenté complexe", en *Ethnologie Française*, 11 (1981), 311-318

(46) Cf. Jack Goody, *Production and reproduction*, Cambridge, M.P., 1976 y *Evolution de la famille et du mariage en Europe*, Paris, A. Colin, 1985. Trd. cast., Barcelona, Ed. Herder, 1986.

(47) Manlio Bellomo, ob. cit., p. 60.

de la mujer en el siglo XII, como hemos señalado anteriormente — provocaba a la viuda, instalada entre la parentela del marido, frente a la autonomía patrimonial que debía, al menos teóricamente, asegurarle la viudedad, tensiones y litigios. Si es cierto — insiste Bellomo — que en el testamento del marido la mujer era comunmente declarada *domna et domina et usufructuaria* (*senyora, majora i usufructuaria* de los bienes del marido, según el derecho foral catalán), en realidad no adquiría por ello un *dominium* ni un usufructo en sentido técnico, sino que quedaba reducida sólo a poder satisfacer moderadamente los gastos cotidianos.

En Mallorca la larga tradición de condicionar la herencia marital de la esposa a su viudez casta va mucho más allá de la Edad Media. Todavía terminando el siglo XVI leemos testamentos en este sentido. En 1575, el testamento de Joan Mas, por ejemplo, especificaba: *Leixa a Elisabet per bona amor conjugal los dos estudis baixos de la mia casa de vida sua tantsolament i vivint casta i sens marit i no de altra manera*. El testamento sigue relacionando bienes, pero siempre bajo la misma condición⁴⁸. Al condicionar el "escreix" como viudedad a la viudez casta de la esposa podemos advertir dos aspectos importantes.

En primer lugar, una coherencia antropológica, asegurada jurídicamente, entre la lógica interna de la virginidad prematrimonial y la casta viudez de la mujer *post mortem* del marido. Esta lógica interna viene definida también por toda una línea de pensamiento, ya presente en la Política de Aristóteles; es decir, los "placeres del amor" carecen de justificación cuando no tienen una finalidad inmediatamente genésica, sólo aceptada, por otra parte, en el matrimonio. Por ello la institucionalización del eros, definiéndolo o regulándolo, mediante normas eugenésicas, estructuras religiosas, prescripciones morales y jurídicas o criterios sociales es el mejor camino⁴⁹.

En segundo lugar, al coincidir en el siglo XII las presiones socio-culturales contra el fondo conyugal de la esposa con el afianzamiento económico y jurídico de la mujer, la vinculación de la viudedad a la viudez en el caso del "escreix" podría ser considerada quizás como una estrategia dialéctica por parte de las mujeres, evitando así, por una parte, las maniobras de la parentela del marido⁵⁰ y, por otra, asegurando la protección de la Iglesia a una viudez casta.

Evidentemente en las breves observaciones de nuestro artículo no

(48) Sebastià Trias Mercant, "Introducció", dins Sor Anna M.^a del Smm. Sagriment, *Càntics i cobles*, Palma de Mallorca, Ed. Moll, 1988, pp. 16-17.

(49) Cf. S. Trias Mercant, "El hombre y sus parámetros dialécticos", *Estudio*, 122 (1978), 303-322, pp. 310-312. También del mismo autor, "Ensayo de etnografía matrimonial en el Blanquerna", en *Studia Lullistica, Maioricensis Schola Lullistica*, 1989, pp. 101-108.

(50) Recordemos que en el Derecho catalán, según indica J. Pere Fontanella, la mujer tenía la facultad, al constituirse el "escreix" de declarar que reservaba la libre disposición de su mitad, en cuyo caso esta mitad, al morir, pasaría a sus herederos o a sus propios hijos en calidad de herederos ab intestato (Cf. F. Maspons, *ob. cit.*, p. 110). No hacemos referencia al problema jurídico de si el "escreix" se debe o se pacta únicamente. En cualquier caso, el "escreix" exige una vinculación a la dote, lo cual parece indicar que si ésta no existe, tampoco se da aquel.

hemos entrado a discutir la cuestión jurídicamente, e incluso filosóficamente, fundamental: la de si el "escreix" es una donación *ob causam* o una donación pura y simple con ocasión del matrimonio; es decir, si el matrimonio es la razón de cumplirse el "escreix" o sólo su ocasión. Esta cuestión supondría aclarar si el "escreix" es parte del contrato nupcial, en cuyo caso se confundiría con él, o simplemente coexistente con el mismo. Únicamente intentábamos mostrar el carácter antropológico de "intercambio recíproco" que implica la noción jurídica del "escreix".

Resolución de vitalicio por incumplimiento de una de las partes.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3^a). Sentencia de 23 de enero de 1990, nº 18.

Ponente: Da. María Rosa Rigo Rosselló.

Doctrina

"Se impone, en primer lugar, examinar la calificación jurídica que corresponde al contrato discutido, en el que los cedentes no transmiten a los cesionarios el dominio pleno de lo cedido, y sí únicamente la nuda propiedad, con la obligación, por parte de dichos cesionarios, de tenerlos en su compañía, cuidarles, asistirles, atenderles y prestarles alimentos en la extensión determinada en el art. 142 del Código civil. Esta figura comercial, caracterizada por la parquedad con que la doctrina civilista la trata, no es desconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha tenido ocasión de admitirla, argumentalmente (*sic*), en Sentencias de 14 de noviembre de 1908 y 16 de diciembre de 1930, y, de modo directo, en las de 28 de mayo de 1965, 6 de mayo de 1980, 1 de julio de 1982, 18 de abril de 1984, 30 de noviembre de 1987 y 3 de noviembre de 1988, señalando que se trata del llamado contrato vitalicio o de pensión alimenticia o, también, de alimentos vitalicios, negocio independiente del de renta vitalicia y caracterizado, como muy bien indica la citada Sentencia de 28 de mayo de 1965, por ser un contrato autónomo, innominado (*sic*) y atípico, susceptible de las

variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo, en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público".

"Establece la Sentencia de instancia que el actor no está legitimado para accionar la resolución en la parte que afecta al bien cedido por su esposa Da. Juana Ana, por cuanto el incumplimiento de la obligación por parte de la Sra. R. tuvo lugar a partir del año 1980 y la Sra. P. C. falleció en el año 1983, por lo que tuvo tres años para instar la resolución del contrato y no lo hizo y porque, además, la acción ejercitada tiene un carácter personalísimo. Esta Sala no comparte el criterio sustentado por el Juzgador de instancia, por cuanto: 1^o) Ciertamente, a propósito de la revocación de las donaciones por incumplimiento de cargas, un sector mayoritario de la doctrina científica, fundándose en la naturaleza del acto que motiva la revocación y en ser reglas subsidiarias las de los contratos — art. 621 del Código civil — opina que la acción es, por regla general, transmisible y sólo no puede prosperar en el caso en que se pruebe que el donante pudo y no quiso ejercitarla. Pero en el caso de autos no se insta una acción de revocación de una donación por in-

cumplimiento de cargas, sino la resolución de un contrato vitalicio; 2º) El derecho a los alimentos no es renunciabile ni transmisible, según dispone el art. 151 del Código civil, y en el caso que ahora se examina el actor no solicita el cumplimiento de la obligación alimentaria por parte de la Sra. R. V., sino que opta por la resolución, y 3º) La Sra. R. dejó de cumplir su obligación en el año 1980, fecha en la que aún vivía la Sra. P. C., lo que en la esfera del Derecho se traduce en el nacimiento de una acción de resolución a favor de la indicada Sra. P., susceptible de transmisión hereditaria al demandante, en virtud de lo dispuesto en el art. 659 del Código civil, por ser de carácter económico y no personalísimo o ligado a la persona del causante".

"La cláusula quinta de la escritura pública de fecha 28 de septiembre de 1977, no sólo recogía la facultad de resolución de la cesión en caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones alimenticias y asistenciales por parte de la cesionaria, sino que se concedía a los cedentes, además de los medios de prueba admisibles en Derecho, la facultad de acreditar el incumplimiento mediante un acta de notoriedad, la cual, juntamente con la escritura de resolución, sería título suficiente para inscribir las fincas a favor de los cedentes. En la escritura de fecha 23 de enero de 1980 se contiene una renuncia de los Sres. V. C. y P. C. a 'cuantos derechos se contienen en la cláusula quinta', dejándose sin efecto la repetida estipulación. Se impone examinar a continuación el alcance de esta segunda escritu-

ra, alcance que, a juicio de esta Sala, no puede tener los efectos que le atribuye la Sentencia de instancia, por cuanto: 1º) la primera escritura no se limitaba a recoger la facultad de resolver la cesión por parte de los cedentes, caso de incumplimiento por parte de la cesionaria de las obligaciones contraídas, sino que se concedía a aquellos una serie de facilidades en orden a acreditar el incumplimiento y ejercitar la resolución; 2º) la segunda escritura no establece expresamente que los cedentes renuncian a la facultad de resolver las obligaciones, sino que contiene una referencia genérica de renuncia 'a los derechos contenidos en la cláusula quinta', desprendiéndose de su examen que la finalidad de la indicada escritura fué la de dejar sin efecto aquella estipulación; 3º) los sujetos intervinientes en un negocio pueden incorporar al mismo un pacto comisorio expreso, pero, en el caso de no hacerlo, no significa que no rija igualmente la facultad atribuida a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato, en las obligaciones recíprocas, de poder exigir, bien el cumplimiento, bien la resolución de lo convenido, tal como preceptúa el art. 1124 del Código civil; 4º) no hay que olvidar que, para que la renuncia de derechos sea válida, ha de ser clara, terminante e inequívoca, tal como establece el Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias de las que son muestra las de 20 de diciembre de 1960, 4 de octubre de 1962, 7 de diciembre de 1963, 10 de diciembre de 1966, 4 de octubre de 1968, 26 de septiembre de 1983 y 19 de julio de 1984, imponiéndose

por tanto una interpretación restrictiva, y 5º) el examen de la renuncia, en el presente caso, exige el máximo cuidado, cuando la propia Sra. R. V. reconoce, al absolver la tercera y quinta posición, en la prueba de confesión en juicio del folio 74, que fué ella misma quien indujo a sus tíos a suprimir la tan repetida cláusula, ya que 'el Notario le dijo a la confesante que el primer documento de donación no estaba muy claro y que podrían quitárselo', y fué, precisamente tras el otorgamiento de esta segunda escritura, cuando la Sra. R. V. dejó de cumplir las obligaciones asistenciales y alimenticias asumidas".

"Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1986, la jurisprudencia, fijando el alcance del art. 1124 del Código civil, ha establecido que para que la acción resolutoria implícita, regulada en tal precepto, pueda prosperar, es preciso que quien la alegue acredite en el proceso correspondiente los siguientes requisitos: 1º) la existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2º) la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo; 3º) que ejercite la acción el perjudicado, es decir, el que cumple lo que le incumbe y sufre el incumplimiento de la otra parte, y 4º) un verdadero y propio incumplimiento por uno de los contratantes de las obligaciones que le incumbían".

Comentario

1. Son hechos relevantes para la mejor comprensión del debate

los expuestos en el primer fundamento jurídico de la Sentencia comentada, que aquí se sintetizan: 1º) Mediante escritura pública de 28 de septiembre de 1977 Dn. Pedro V. C. y su esposa Da. Juana Ana P. C. cedieron a su sobrina Da. María R. V. la nuda propiedad de dos fincas a cambio de que ésta tuviese en su compañía a los cedentes, les asistiese, atendiese y prestase alimentos con la extensión fijada en el art. 142 del Código civil; 2º) La cláusula quinta del mencionado instrumento establecía una condición resolutoria expresa frente al incumplimiento de la alimentante, que podría acreditarse mediante acta de notoriedad; 3º) El 23 de enero de 1980, también mediante escritura pública, los cedentes renunciaron "a cuantos derechos se contienen en la cláusula quinta, aceptando Da. María tal renuncia"; 4º) A partir de ese momento Da. María dejó de cumplir sus obligaciones, lo que resulta plenamente probado en autos; 5º) Da. Juana Ana P. C. falleció el 25 de abril de 1983, instituyendo heredero a su esposo Dn. Pedro; 6º) Este demandó a Da. María instando la resolución del convenio de 1977, a la que da lugar la Sala, revocando la Sentencia del Juzgado de primera instancia de Inca.

2. La narración fáctica anterior suscita al menos las siguientes cuestiones, todas ellas pormenorizadamente analizadas en la Sentencia comentada: 1a.) Calificación del negocio celebrado en 1977; 2a.) Ambito de la autonomía de la voluntad en materia de alimentos; 3a.) Transmisibilidad de las acciones dimanantes del negocio de

1977, y 4a.) Eficacia de la renuncia realizada el 23 de enero de 1980 por los cedentes, en relación con la pretensión resolutoria formulada por Dn. Pedro V. C.

3. Dos son las calificaciones posibles. Por un lado -como parece sostener la demanda Da. María R. V.-, la de donación modal o condicional. Por otro, la de negocio oneroso con base alimentaria. Acertadamente la Sentencia rechaza de plano la primera calificación. Basta observar el enlace entre la cesión de la nuda propiedad y las obligaciones impuestas a Da. María para apreciar, no sólo el carácter oneroso del negocio, sino la reciprocidad entre ambas obligaciones de donde resulta su cualidad de causa (contraprestación) a los efectos del art. 1274 del Código civil. Por ello, el supuesto ha de excluirse del ámbito de las atribuciones gratuitas.

La introducción del caso en su sede genuina, la patrimonial conmutativa, obliga a un nuevo contraste. *Prima facie* aparece el tipo contractual aleatorio denominado renta vitalicia (arts. 1802 a 1808 del Código civil), calificación de segundo grado que, también con acierto, es rechazada asimismo por la Sala, para optar por la figura del llamado contrato de vitalicio, no regulado por el Código civil, pero perfilado en diversas ocasiones — que se citan — por la jurisprudencia (tipicidad social, en frase de FERRANDIS).

No aparecen en la Sentencia los argumentos en favor de esta calificación (tampoco tenía por qué expresarlos), pero los mismos no pueden diferir mucho de los que a

continuación expongo: 1º) El contrato de renta vitalicia no tiene, en principio, carácter alimentario (puede tenerlo, pero también es posible hallar otras finalidades: desentenderse de una gestión patrimonial compleja, obtener una seguridad económica a cambio de una rentabilidad fija, incluso motivaciones fiscales, etc.); 2º) La contraprestación del deudor en la renta vitalicia es fundamentalmente dineraria (puede haber excepciones) y fija; en todo caso, su cuantía —y eventualmente la actualización de la misma— no tiene por qué depender de las necesidades del acreedor; 3º) El negocio de 28 de septiembre de 1977 contiene una referencia explícita al art. 142 del Código civil e implícita —por remisión de éste— al 149; 4º) En el citado negocio se articula, pues, una deuda de valor.

4. El razonamiento expuesto nos transporta a otro orden de cuestiones bien distinto. Se trata, ahora, de averiguar hasta qué punto puede *contractualizarse* la obligación legal nacida del art. 143 del Código civil. Parece claro que las partes del contrato de 28 de septiembre de 1977 no están sujetas al imperio del art. 143, por ser su parentesco más lejano que el previsto en éste. Pero parece claro también que un pacto de este tipo no repugna ni a las leyes, ni a la moral, ni al orden público (art. 1255 del Código civil); antes bien, puede constituir cauce idóneo para la inserción en la órbita jurídico-civil de ciertos deberes morales no exigibles (las llamadas obligaciones naturales cuya atribución autoriza a retener lo entregado: argumento *ex art.*

1901 *in fine* del Código civil). De ahí su admisión por la jurisprudencia.

Ahondando más en el tema es posible construir las siguientes variantes, combinables entre ellas: 1a.) Pacto alimenticio otorgado entre obligados *ex art.* 143 del Código civil, concretando la "dirección" de la obligación, es decir, fijando las posiciones de acreedor y deudor; 2a.) Pacto otorgado por quienes no están obligados *ex art.* 143; 3a.) Pacto otorgado con la extensión y en los términos de los arts. 143 y 149; 4a.) Pacto otorgado con mayor amplitud, aunque dentro de los límites del concepto de alimentos (interpretación extensiva del art. 149).

Claramente se aprecia que el vitalicio instrumentado en la escritura de 28 de septiembre de 1977 encaja en las hipótesis segunda y tercera. Conviene advertir, no obstante, que la aplicación del régimen del art. 142 —y sus concordantes— resulta en este caso ser fruto de la autonomía privada, que no de la Ley, constituyendo una suerte de incorporación a la estructura negocial de un régimen legal, en lugar de que éste fuera articulado directamente por las partes. Un paso más en este camino hacia la contractualización.

De esta manera, el vitalicio, contrato autónomo, *nominado* y atípico (innominación y atipicidad no son conceptos correlativos: véase también el contrato de opción), se rige "por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporan al mismo, en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público". Mas esta configura-

ción del régimen quedaría incompleta si no se añadiese a ella, como Derecho supletorio, el contenido de las normas generales reguladoras de las obligaciones y contratos (Títulos I y II del Libro IV del Código civil), entre las que precisamente se encuentra la facultad resolutoria concedida por el art. 1124.

5. La siguiente cuestión es la referente a la falta de legitimación activa excepcionada por la demandada. El tema está perfectamente resuelto en el tercer fundamento jurídico de la Sentencia comentada, cuyo proceso lógico y técnico es irreprochable. Efectivamente, el problema no se plantea en sede de revocación de donaciones por incumplimiento de cargas —calificación ésta rechazada *ab initio*—, donde cabría dudar de su virtualidad (lo indica la Sentencia), sino en un campo más específicamente contractual. En efecto, el derecho a alimentos no es transmisible ni renunciabile, pero sólo cuando nace y se presta entre los obligados que señala el art. 143. Por el contrario, cuando su génesis y articulación es convencional —y éste es el caso— su contenido se introduce en el régimen general de transmisibilidad y renunciabilidad. En el supuesto contemplado lo que ha ocurrido es lo siguiente: en primer lugar, un incumplimiento de la demandada en vida aún de Da. Juana Ana; en segundo lugar, el nacimiento en el patrimonio de la acreedora de una acción resolutoria (si ésta nace *ex cláusula quinta* o no lo veremos enseguida), acción que, en principio, no es intransmisible; en tercer lugar, la transmisión de la acción a Dn. Pedro, en virtud del juego con-

junto del art. 659 del Código, de la delación testamentaria y de la subsiguiente aceptación de la herencia, proceso que confiere al heredero la plenitud de la legitimación activa; en cuarto lugar, es cierto que el ejercicio de la acción resolutoria por parte de Dn. Pedro implica una renuncia a la prestación alimenticia debida, pero, al no haber ésta nacido *ex lege* y entre obligados legalmente, sino *ex voluntate* y entre no obligados, se trataba de un derecho estrictamente patrimonial y, por tanto, renunciabile; más aún, si se tiene en cuenta la necesaria restitución de los bienes cedidos.

6. La última cuestión enlaza el tema de la resolución con el de la validez y alcance de la renuncia efectuada por Dn. Pedro y Da. Juana Ana el día 23 de enero de 1980 a los derechos que les confería la cláusula quinta del convenio de 28 de septiembre de 1977. Tal cláusula configura una condición resolutoria expresa, cuya eficacia quedaría superpuesta a la hipótesis prevista por el art. 1124. Por uno u otro camino —convencional o legal— el incumplimiento generaría en la otra parte una facultad resolutoria.

La renuncia llevada a cabo es genérica en la medida en que no expresa todos y cada uno de los derechos renunciados y, en este sentido, resulta al menos dudoso que sus términos sean tan claros, terminantes e inequívocos como viene exigiendo la jurisprudencia. Más aún, si se tiene en cuenta que se trata de una renuncia *previa* al incumplimiento; la demandada cuidó bien de no iniciar su incumpli-

miento hasta después de obtenida la renuncia, lo que agrava más, si cabe, la reprochabilidad de su conducta. Pero a la vez la renuncia se ciñe —y en este sentido es bien específica— tan sólo a los derechos dimanates de la mencionada cláusula quinta.

La interpretación restrictiva en materia de renuncia de derechos hace el resto: tal renuncia, aún admitiendo su dudosa validez, no alcanza, sino que deja intacta, la facultad resolutoria legal del art. 1124. Pienso incluso que, aunque ésta última se hubiese comprendido expresamente en el objeto de la renuncia, la misma sería inválida, precisamente por su carácter de previa al incumplimiento. No hay que olvidar que la facultad resolutoria otorgada por el art. 1124 es la pieza de cierre del sistema, su último bastión defensivo. De ahí la moderación con que se usa, por suponer una quiebra del principio *favor contracti* (basta ver el art. 1504 del Código civil).

Lo ocurrido es, sencillamente, que, en el peor de los casos para Dn. Pedro, la defensa resolutoria dejó de estar duplicada, pero siguió existiendo en su manifestación legal, a cuyos presupuestos de ejercicio contribuyó —bien que a su pesar, es de suponer— la demandada con una conducta —dejar de cumplir tras la renuncia— que sólo puede ser valorada como manifestación patente de una voluntad de incumplir.

José Angel Torres Lana

Solicitud en expediente administrativo de la declaración de ruina de un inmueble y acción de reparación de dicho inmueble "ex" art. 107 de la LAU ¿supuesto de litispendencia?

Audiencia Provincial del Palma de Mallorca (Sección 3ª). Sentencia de 11 de septiembre de 1989, nº 210.

Ponente: Dn. Carlos Gómez Martínez.

Doctrina

"Los autores suelen definir la litispendencia en su sentido estricto como un remedio procesal dirigido a evitar la simultánea tramitación de dos procesos idénticos mediante la exclusión del segundo proceso en el tiempo. El art. 533,5 de la LEC condiciona la eficacia de la litispendencia a la concurrencia, entre otros, de dos requisitos: Que exista un proceso pendiente en el mismo o en otro Juzgado y que este Juzgado o Tribunal sea competente. Normalmente se entiende que la litispendencia sólo puede producirse respecto a los procesos nacidos en el seno de una misma jurisdicción y por lo que se refiere a la vía administrativa, que ésta no llega a producir una verdadera y propia litispendencia. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina en relación a la litispendencia en supuestos en que se ha instado en vía administrativa la declaración de ruina del local o vivienda arrendados que supone una excepción a la teoría general anteriormente enunciada"... "En definitiva, debe concluirse que ... debe estimarse la excepción dilatoria del art. 533,5 de la LEC porque al

iniciarse el expediente administrativo se pone en marcha el ejercicio de la acción resolutoria conforme a lo dispuesto en el art. 114 causa 10 de la LAU y porque no puede decirse que se trata de objeto distinto ya que ambas pretensiones se fundan en la situación respecto de la cosa arrendada, ni de materia o causa diferente sino de una etapa del mismo proceso que determina y vincula las decisiones de la jurisdicción civil puesto que si no se diera lugar a la excepción de litispendencia se dividiría la contienda de la causa y se podrían producir sentencias contradictorias de imposible ejecución simultánea que es, precisamente, lo que se trata de evitar mediante la articulación de esta excepción" (Fundamento de Derecho Segundo).

"No impide la estimación de la excepción el hecho de que el expediente administrativo de declaración de ruina se incoe en el lapso de tiempo entre la interposición de la demanda y el emplazamiento pues es doctrina mayoritaria la de que el proceso civil no se puede entender constituido con la mera presentación de la demanda, sino que, como los demás actos procesales, se completa, adquiriendo su eficacia jurídica, en cuanto es notifica-

da, mediante citación o emplazamiento. Por tanto debemos concluir que en el momento de iniciarse el proceso civil con el emplazamiento de los demandados, el expediente administrativo estaba ya comenzado" (Fundamento de Derecho Tercero).

Comentario

1.- La sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca, objeto de este breve comentario, recoge la doctrina legal vertida por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias (13 de abril de 1967; 16 de febrero de 1974; 17 de mayo de 1975; 10 de junio de 1975) en las que se aprecia como existente la excepción de litispendencia en los supuestos en que, solicitada por el propietario arrendador de una vivienda o local de negocio la declaración administrativa de ruina del inmueble, el arrendatario inició un proceso judicial ejercitando la acción de realización de obras necesarias para la conservación del inmueble en estado de servir para el uso convenido, al amparo del art. 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Para dar acogida a la mencionada excepción de litispendencia, el T. S. esgrime el siguiente razonamiento: a) Que al iniciarse el expediente administrativo se pone en ejercicio la acción resolutoria derivada de la causa 10ª del art. 114 de la LAU, ya que dicha acción resolutoria a instancia del arrendador propietario está condicionada por el requisito previo de la declaración firme administrativa,

la cual constituye un presupuesto inexcusable para el éxito de esta acción. b) Que la petición de ruina ante el órgano gubernativo origina la puesta en marcha de la acción resolutoria, puesto que al iniciarse el expediente administrativo contradictorio, se pone en ejercicio la acción resolutoria dentro del ámbito de la LAU; por la que lo tramitación del expediente administrativo es una etapa del mismo proceso jurisdiccional que determina y vincula las decisiones de la jurisdicción civil, ya que no puede decirse que se trate de materia distinta. c) Que de todo ello se deduce que la sustanciación del expediente administrativo puede dar lugar a que se produzca la excepción dilatoria de litispendencia, respecto de un juicio posterior en el que, con la finalidad de neutralizar los efectos de aquella declaración, se pretenda obtener la condena del propietario a realizar las obras de reparación en el local arrendado. d) Que si no se diera lugar a la excepción de litispendencia, se dividiría la contienda de la cuasa y se podrían producir sentencias contradictorias de imposible ejecución simultánea, con el consiguiente desprestigio de los organismos encargados de la Administración de Justicia, que es lo que precisamente se pretende evitar con dicha excepción.

Esta argumentación del T.S. es lógica y razonable, pero inexacta, a mi juicio. Se sirve de una institución procesal, la litispendencia, que no encaja en su esencia con el supuesto planteado. Por esto es que la Sala de instan-

cia, después de definir la litispendencia en sentido estricto, establece para estos supuestos que ahora nos ocupa una "excepción a la teoría general anteriormente enunciada".

Como es sabido, para que se dé la litispendencia y ésta realice su finalidad natural (esto es, que no se produzcan sentencias contradictorias de imposible ejecución) son necesarios los siguientes requisitos: que iniciado y no concluido un determinado proceso se inicie otro sobre "lo mismos"; que ambos procesos pendientes lo estén ante la misma Jurisdicción (en este caso, la civil); que la acción ejercitada en ambos procesos sea idéntica (con identidad absoluta de sus elementos constitutivos: sujetos, "petitum" y "causa petendi"); que el segundo proceso (es decir, el iniciado con posterioridad en el tiempo) se elimine por los propios efectos liquidatorios de la litispendencia.

En puridad de conceptos, no se puede decir que estos requisitos concurren en el caso aquí tratado, a pesar de los esfuerzos jurisprudenciales por argumentar lo contrario.

Para empezar, la acción que se ejercita en ambos procesos no es idéntica, aunque el T.S. arguya que "no puede decirse que se trate de materia distinta". Como es obvio, "la materia" puede dar lugar a acciones muy diversas cuyo ejercicio en ningún caso producirían litispendencia o cosa juzgada. Son idénticos los sujetos en ambas acciones (la de resolución del contra-

to de arrendamiento por ruina y la de petición de condena al arrendador a que realice las obras necesarias), aunque en posición invertida, lo que no es óbice para que se dé identidad de sujetos, como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia. Pero ni es idéntico el "petitum", ni lo es la "causa petendi". Lo que se pide en la acción resolutoria es precisamente la resolución del contrato que liga a las partes; lo que se pide en la acción de condena a realizar las obras de conservación necesarias es justamente que el arrendador realice tales obras de conservación del inmueble. La causa de pedir en la primera acción es el estado ruinoso del inmueble de acuerdo con las prescripciones legales; en la segunda, el deterioro del inmueble que exige la reparación necesaria a fin de conservarlo en estado de servir para el uso convenido.

Para continuar, ambos procesos no se tramitan ante la misma Jurisdicción (la civil). Incluso es posible que uno de ellos, el expediente administrativo, se encuentre en fase administrativa y no jurisdiccional, aunque el T.S., para obviar este obstáculo, declare que "la petición de ruina ante el órgano gubernativo origina la puesta en marcha de la acción resolutoria", siendo la tramitación del expediente administrativo una etapa del mismo proceso jurisdiccional. En todo caso, será —pienso yo— un requisito de prosperidad de la acción resolutoria; pero no una "etapa" del proceso jurisdiccional.

Y para concluir, el segundo proceso iniciado en el tiempo (esto es, el referido a la acción reparatoria) no tiene necesariamente que excluirse, que agotarse: se agotará si prospera la acción primeramente ejercitada (:la de declaración firme de ruina); pero no si del expediente administrativo y, en su caso, de la resolución firme de los Tribunales Contencioso-Administrativos, resulta la declaración de no ruina del inmueble. ¿Es que, acaso, si no prospera la primera pretensión (:la declaración de ruina) no puede tener virtualidad la pretensión reparatoria, o no es más bien todo lo contrario?

Efectivamente, entiendo que no se trata de una situación de litispendencia con todos sus requisitos y consecuencias jurídico-procesales.

Lo que sí me parece cierto es que la finalidad perseguida por esta doctrina jurisprudencial es razonable: que no se produzcan sentencias contradictorias. Ahora bien, ni esta finalidad se alcanza exclusivamente con la institución de la litispendencia; ni en todo caso se producirían sentencias contradictorias cuando, declarada la no ruina del inmueble, el inquilino pretende del arrendador propietario que realice las correspondientes obras de conservación.

2.- Por todo lo anteriormente expuesto, entiendo que cuando se produce una situación de dualidad de procesos — como ocurre en el caso planteado — en los que se ejercita respectivamente la acción resolutoria "ex" art. 114, causa 10ª,

y la acción reparatoria "ex" art. 107, ambos de la LAU, la solución procesal correcta no puede ser la de apreciar la excepción de litispendencia con la consecuencia de eliminar el ejercicio de la acción reparatoria.

Si la materia fuese "la misma", como dice el T.S., una vez resuelta en sentencia firme la pretensión de resolución contractual por ruina del inmueble, los efectos de la cosa juzgada habrían de impedir replantear la acción de condena a la reparación del inmueble; lo que sería absolutamente contrario a derecho si aquella sentencia firme resolvió en sentido de declarar el inmueble como no ruinoso.

Pienso que quizá más adecuado sería considerar la declaración o no de ruina como una cuestión prejudicial respecto del proceso donde se ejercita la acción "ex" art. 107 LAU. El proceso respecto del cual surge la cuestión prejudicial (esto es, una cuestión que exige un enjuiciamiento previo) deberá suspenderse (que no eliminarse) hasta que esa cuestión haya sido resuelta.

Es claro que no es éste el momento oportuno para tratar un tema tan complejo — y tan frecuente, en la práctica — como lo es el de la llamada "prejudicialidad"; tema que, a pesar de su importancia, recibe una escasísima regulación positiva. A él dedica una mera alusión el problemático art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y en el orden civil, la LEC se refiere a las cuestiones incidenta-

les a los solos efectos de regular un proceso específico: el de los incidentes, en los arts. 741 a 761. Por su parte, el art. 126 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa alude a las cuestiones incidentales que se originan en el proceso contencioso, para decir que se suscitarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos.

No existe, pues, una regulación precisa de la institución de la prejudicialidad (dejando a salvo las cuestiones prejudiciales penales, que reciben en nuestro ordenamiento positivo un trato de evidente favor); y la Doctrina patria tampoco le ha dedicado la atención que merece. Quizá por ello se acude tan raramente a esta institución, tan útil a la hora de definir y resolver casos como el presente.

No obstante lo dicho, me interesa apuntar aquí que en estos supuestos en que surge una discusión sobre materia conexa pero distinta del propio objeto del proceso, se puede provocar una "demanda de declaración incidental", prejudicial o lógica, que exige un pronunciamiento previo con efectos en el proceso donde se ventila la cuestión principal primeramente planteada.

Evidentemente, la solución del planteamiento de tal cuestión lógica o prejudicial no será la eliminación de ese proceso, sino la previa resolución de la cuestión incidental.

La tramitación de esta cuestión podrá hacerse o bien en pieza separada del proceso principal (y,

por tanto, sin que se suspenda el curso de los autos), o bien dentro del proceso principal con suspensión del curso del mismo. En todo caso, la resolución del incidente condicionará la decisión de la cuestión principal, por lo que habrá de ser previa, prejudicial o lógica.

Pienso que quizá hubiese sido ésta la solución adecuada en estos casos resueltos por el T.S. en las sentencias a que hacía referencia más arriba: solicitada por el propietario del inmueble su declaración de ruina, nada impediría que el inquilino iniciase un proceso ejercitando la acción que le concede el art. 107 LAU, porque son acciones distintas, aunque conexas. Ahora bien, por incidir de modo directo en esta acción "ex" art. 107 la declaración o no de ruina del inmueble litigioso y ser, por ende, una cuestión prejudicial de la resolución del segundo litigio, esta resolución quedará a expensas de lo decidido respecto de la cuestión prejudicial; y a la vista del resultado, se continuará o no el segundo proceso.

3. En el concreto caso debatido en la sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca que se comenta, no se había iniciado el expediente de ruina (esa "etapa" del proceso jurisdiccional) y con posterioridad el inquilino solicitó de los Tribunales de Justicia la condena del arrendador a realizar las obras de reparación necesarias, sino que lo ocurrido fue lo expuesto en el Fundamento de Derecho Primero: el inquilino ejercitó su acción "ex" art. 107 LAU en fecha 16 de marzo

de 1987 (fecha en que se admitió a trámite la demanda, su pretensión de tutela jurídica); en fecha de 14 de mayo del mismo año, se efectuó el emplazamiento de los demandados mediante exhorto dirigido a otro Juzgado; y "en el lapso de tiempo —dice la sentencia— transcurrido entre uno y otro acto procesal, el 4 de abril de 1987 ... tuvo entrada en el Ayuntamiento de Ciudadela escrito ... en el que se solicitaba la ruina del inmueble". Es decir, esa "etapa" del proceso jurisdiccional de ruina se inició en fecha posterior al ejercicio de la acción de reparación del inmueble. En todo caso, la litis que pendía (si es que por "litis" se puede entender la solicitud administrativa de declaración de ruina) no era la referente a la acción resolutoria por ruina, sino la reparatoria del art. 107 LAU. Y al apreciarse la excepción de litispendencia, el proceso iniciado primeramente en el tiempo se eliminó.

De haberse adoptado la solución aquí propuesta (esto es, considerar la solicitud de ruina del inmueble objeto de litigio como una cuestión prejudicial de la pretensión reparatoria primeramente ejercitada) se podrían haber obviado todas estas cuestiones apuntadas, y la solución hubiera sido, desde mi punto de vista, más correcta. Y no es que se rinda desde aquí un culto indiscriminado a los "conceptos" por sí mismos; es que el manejo de tales conceptos y su aplicación a los concretos supuestos a los que sirven es la garantía de la ciencia procesal y del propio justiciable. En efecto, el plantea-

miento de la solicitud de ruina con la consiguiente decisión firme sobre esa cuestión, actuaría como condicionante de la pretensión de reparación del inmueble; por lo que su resolución habría de ser en todo caso previa. No se producirían sentencias contradictorias. No se eliminaría "a limine" ninguno de los procesos iniciados. No actuaría la excepción de litispendencia (con la drástica consecuencia de eliminación "ad aeternum" de la acción que fue enervada por la estimación de tal excepción) porque las litis pendientes lo son sobre acciones no idénticas. Sólo se produciría un "praeiudicium" de una cuestión sobre otra.

Por otra parte, de haberse considerado como cuestión prejudicial la solicitud de ruina, tampoco hubiese sido necesario acogerse — como lo hace la sentencia de la Audiencia en el Fundamento de Derecho Tercero— a la teoría de que el proceso civil ha de entenderse constituido con el emplazamiento de los demandados, y considerar que, en este momento (sic. el del emplazamiento) el expediente administrativo estaba ya comenzado, con lo que cabía oponer la mencionada excepción de litispendencia.

Verdaderamente, la cuestión del momento en que debe entenderse producida la litispendencia, no ha sido en absoluto pacífica ni en nuestra Doctrina ni en nuestra Jurisprudencia. Desde considerar constituida la litis con la contestación a la demanda (reminiscencias totalmente superadas ya hoy día del antiguo

contrato de "litiscontestatio") hasta la opinión de que la constituye la mera presentación de la demanda (aun sin su admisión judicial a trámite), pasando por la resolución que la admite a trámite, o el momento del emplazamiento de los demandados, dan una idea de la divergencia de opiniones sobre este punto.

La Jurisprudencia más numerosa (una vez superada hace más de cien años la consecuencia del arrastre histórico del cuasi contrato de "litiscontestatio") se pronuncia como "dies a quo" en que se produce la litispendencia el del emplazamiento del demandado. Sin embargo, la Doctrina mayoritaria, seguida por una Jurisprudencia reciente, entienden producida la litispendencia (que, en sentido amplio, no significa otra cosa que lo que su propio nombre indica: que "pende" un proceso ante los Tribunales, con todas las consecuencias de índole material y procesal que ello conlleva) con la interposición de la demanda seguida de su admisión a trámite. Desde este momento, el proceso tiene vida propia, y no se alcanza a comprender (dice GUTIERREZ DE CABIEDES) por qué ha de demorarse el inicio de sus efectos al emplazamiento del demandado, con el consiguiente perjuicio derivado del habitual retardo en este trámite procesal.

En el sentido apuntado, la Sentencia del T.S. de 25 de febrero de 1983 concluye que "la doctrina de los procesalistas mantiene con raras excepciones que la litispen-

dencia comienza con la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, rechazando las opiniones que ponen tal inicio en la citación, emplazamiento o la contestación a la demanda ... de tal forma que presentada la demanda y admitida por el órgano jurisdiccional, la litispendencia comienza a producir sus efectos". Y de la misma manera, si bien "obiter dicta", la S. de 22 de junio de 1985 se refiere al "dies a quo" como aquél en que se presentó la demanda y fue admitida.

4. A modo de conclusión, entiendo, en primer lugar, que para excluir el proceso primeramente iniciado (recuérdese: aquél en que se ejercitó la acción de reparación del inmueble) se ha manejado una institución de difícil cabida en el supuesto planteado: ni se daba la dualidad de procesos ante el mismo orden jurisdiccional; ni existía identidad de acciones; ni la consecuencia procesal podía ser, en buena técnica jurídica, la supresión del segundo proceso, sobre todo cuando tampoco quedó nada claro cuál fue ese segundo proceso. Y en segundo lugar, que para evitar el que se produzcan sentencias contradictorias, con el consiguiente "desprestigio" de los órganos jurisdiccionales (como dice el T.S.), no era en absoluto necesario ni inevitable acudir a esta institución.

Isabel Tapia Fernández

Jurisdicción por razón del objeto. Auxilio marítimo (reclamación de cantidad por los servicios prestados a una nave). Determinación de la Jurisdicción que, en razón de la materia, debe conocer. "Jurisdicción de Marina". Excepción de falta de jurisdicción de los Tribunales civiles: desestimación.

Audiencia Provincial (Sección 3ª) de Palma de Mallorca. Sentencia de 9 de septiembre de 1.989, nº 207.

Ponente: Da. María Rosa Rigo Rosselló.

Doctrina

"La Ley de 24 de diciembre de 1.962 de Régimen de auxilio, salvamento, remolque, hallazgos y extracciones marítimas, conserva el sistema tradicional de atribuir competencia en estas materias a la Jurisdicción de Marina; sistema avalado — como reza su Exposición de Motivos — por razones de índole práctica, ya que permite disponer de órganos especializados en la técnica marítima y al mismo tiempo de un procedimiento rápido y gratuito que facilite a la gente del mar que preste la asistencia el resarcimiento de los gastos realizados y el cobro de premios, sin necesidad de acudir a litigios largos y costosos para el reconocimiento de sus derechos. Señalan al efecto los artículos 2 y 9 de la indicada Ley que se fijará por el Tribunal Marítimo Central la remuneración proveniente de todo acto de auxilio o salvamento que haya producido un resultado útil. A la vista de lo expuesto, deviene improsperable la excepción invocada por la parte demandada hoy recurrente, por cuanto la reclamación de los actores — a pesar de que en la relación

de hechos de la demanda se alude en algún momento al "salvamento" del buque — no se basa en la remuneración que pudiera corresponderles como consecuencia de unas operaciones de auxilio, sino en la retribución por los trabajos realizados por los actores, como buzos profesionales, que les fueron encargados por el propietario del buque (...) y el patrón del mismo (...), cuando la embarcación — según reconoce el propio demandado en el hecho primero de su escrito de contestación a la demanda — ya había entrado, por sus propios medios, en el puerto (...)" (Fund. Der. Segundo).

Comentario

1. Se trataba en este supuesto de una demanda en reclamación de cantidad por la realización de ciertos trabajos, consistentes — según se dice en los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la sentencia de la A.P. — en remolcar la embarcación pesquera propiedad del demandado, amarrarla en puerto y efectuar una reparación urgente y provisional de los desperfectos que presentaba. La parte demandada contestó opo-

niéndose a las pretensiones de los actores y planteó, en primer lugar, la excepción de "incompetencia de jurisdicción" (sic. "falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional", núm. 1º del art. 533 LEC), a cuyo efecto alegó que se trató de una operación de asistencia marítima regulada por la Ley 60/1.962, de 24 de diciembre, que atribuye la "competencia" (sic. jurisdicción por razón de la materia) para conocer de dichas cuestiones a la Jurisdicción de Marina. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de falta de jurisdicción (declaró, por lo tanto, la jurisdicción de los Tribunales civiles para conocer del asunto). Apelada esta sentencia por el demandado, la Audiencia declaró improsperable la excepción alegada en primera instancia y reproducida en la segunda, por las razones que se han visto ya.

La sentencia que nos ocupa plantea un interesante problema de orden, llamémosle, procesal-orgánico, consistente en determinar qué Jurisdicción es "competente" para conocer de cierta materia litigiosa: concretamente, de una reclamación por los servicios prestados en auxilio de una nave; nos hallamos, por tanto, ante un problema de jurisdicción por razón del objeto (o de la materia), cual es, en el supuesto contemplado, si deben conocer de dicha cuestión los jueces civiles o corresponde su conocimiento a la "Jurisdicción" de Marina (dando esta calificación en sentido muy lato al Tribunal Marítimo Central).

2. Lo primero que llama la atención sobre la cuestión planteada es la "supervivencia" de este Tribunal Marítimo Central. En efecto, es algo chocante en los actuales momentos que, tras la profunda transformación que últimamente se ha llevado a cabo en la organización de la Jurisdicción militar y su régimen de atribuciones (véanse, en este sentido, la Ley Orgánica 4/1.987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción militar y la Ley 9/1.988, de 21 de abril, de planta y organización territorial de la Jurisdicción militar), siga en vigor ese órgano (sic. el Tribunal Marítimo Central), constitutivo o integrante de la antigua Jurisdicción (militar) de Marina.

Ahora bien, ¿qué sabemos de este órgano u organismo, aparte de que se individualiza por la ley con el título de "tribunal"?. Franca-mente: de él, en general, muy poco se conoce, pese a que sus atribuciones son importantes. Consideramos, por ello, que no estará de más informar brevemente sobre este Tribunal.

El Tribunal Marítimo Central, radicado en Madrid, —y del que dependen directamente los Juzgados Marítimos Permanentes, existentes en las capitales de zonas marítimas y puertos en que se estime conveniente— fue creado por Ley de 24 de diciembre de 1.962 (núm. 60/62). Poseen estos organismos atribuciones para entender de cuanto se refiere a auxilios, salvamentos y remolques marítimos. Como principal cometido le está

encomendado a este Tribunal la fijación de las correspondientes remuneraciones por la prestación de tales servicios en defecto de acuerdo de los interesados sobre dicho extremo, así como el resolver los recursos promovidos contra las resoluciones de los respectivos jueces (sobre la actuación del Tribunal Marítimo Central y los jueces marítimos permanentes, encargados de la instrucción de los correspondientes expedientes, ver D. de 20 de abril de 1.967 que aprueba el Reglamento de la Ley de 1.962, modificado por D. de 28 de noviembre de 1.968). Dicha Ley 60/1.962 (recogiendo las Ordenanzas de la Armada, Instrucción de 4 de junio de 1.873 y título adicional de la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, de 10 de julio de 1.925) se limitó, de este modo, a revalidar la atribución a la competencia de la Jurisdicción de Marina de las referidas cuestiones; lo cual, como señala la doctrina, constituye un grave defecto de la Ley, pues de tales materias debían conocer los Tribunales ordinarios (así, SANCHEZCALERO).

Estos órganos, cuyo personal pertenece casi todo al estamento militar, se instituyeron inicialmente como "dependiendo del Ministerio de Marina" (art. 31 de la citada Ley); no obstante, al crearse por Real Decreto 1.588/1.977, de 4 de julio, el Ministerio de Defensa (que asumió, entre otras, las competencias del anterior Ministerio de Marina) quedaron integrados en el mismo. Prueba de la dependencia del Tribunal Marítimo Central, en el aspecto orgánico, de un

departamento ministerial, es la posibilidad (*ex art. 46 de la Ley de 1.962*) que tienen los interesados de recurrir en alzada las resoluciones dictadas por el Tribunal ante el Ministro de Marina (hoy Defensa); y, a su vez, las resoluciones finales del Ministro —o, en su caso, del Consejo de Ministros— admiten, según la mencionada Ley (disposición final 3), la revisión en la vía contencioso-administrativa (lo que entraña, claramente, su no "jurisdiccionalidad").

Consecuencia obligada de estas notas es, en lo referente al carácter o naturaleza de estos órganos, que se trata pues, como indica la doctrina (PRIETO-CASTRO), de unos organismos o Tribunales "no jurisdiccionales", en cuanto que no presentan *strepitus et figura* de jurisdiccionales. Efectivamente, a partir de todas las características que se han apuntado *supra* (y, en particular, del hecho de que la Ley de 1.962 haga depender del Ministerio de Marina/Defensa al Tribunal Marítimo Central, con lo que desaparece la cualidad jurisdiccional propia, en todo caso, de un órgano independiente de la Administración), el Tribunal y los Juzgados Marítimos se nos ofrecen como órganos absolutamente no jurisdiccionales. Y es quizá esto (sic. su naturaleza más bien administrativa, de órganos encuadrados en la Administración militar) lo que explica —aunque no justifica— que hayan sobrevivido a las recientes reformas orgánicas de la Jurisdicción militar.

Ya sean jurisdiccionales ya administrativos pero con misiones *quasi*-jurisdiccionales (en el sentido de que mediante su actuación y con arreglo al modo de proceder que tienen asignado se constituyen obligaciones, se establecen sanciones que recaerán sobre una persona o se reconocen a ésta derechos), la razón de existencia de estos organismos (así como otros similares que todavía existen en nuestro país), que deban o no existir, que hayan de ser suprimidos pasando sus incumbencias a los órganos jurisdiccionales, o eliminados pura y simplemente, es, como se ha dicho, un problema distinto, no de organización de Tribunales, sino de política (PRIETO-CASTRO) y, por ello, no se abordará aquí. Pero sí procede advertir en este lugar que después de promulgada la Constitución de 1.978, que, por un lado, limita a lo "estrictamente castrense" el ámbito de conocimiento de los Tribunales de los institutos armados (art. 117,5), y por otro, prohíbe todo tipo de Tribunales excepcionales (art. 117,6 CE), la subsistencia de estos órganos que se consideran por la Ley como integrados en la "Jurisdicción de Marina" es, a nuestro juicio, difícilmente sostenible. Por lo que consideramos que, en línea de mejor adecuación a las aludidas exigencias constitucionales, las materias —de gran trascendencia— a que se refiere la repetida Ley de 1.962 deberían integrarse en el ámbito de conocimiento de la Jurisdicción ordinaria (bien en el de la ordinaria civil bien en la contencioso-administrativa, esta es

otra cuestión); lo cual, no obstante, no puede pasar de ser más que una propuesta *de lege ferenda*.

3. Porque aun cuando las razones que acabamos de expresar aconsejan, creemos, su supresión, el hecho es que, por el momento, subsiste la Jurisdicción de Marina y que en el supuesto de la sentencia que comentamos la parte demandada estimó que era precisamente ésta, y no la Civil ante la que el actor propuso la demanda, la Jurisdicción que debía conocer, por razón de la materia, de ella. Esa situación de "conflicto" o diferencia entre las partes respecto del hecho mismo de la vía jurisdiccional adecuada al caso presente (:vía jurisdiccional civil según el actor, la de la Jurisdicción marítima para el demandado), nos lleva a otra cuestión, de cierta enjundia, que se ha planteado —¿y definitivamente resuelto?— la ciencia procesal: ¿cómo se establece la materia jurídica de la que depende la jurisdicción (y la competencia) de un órgano jurisdiccional?, ¿atendiendo a qué criterios?, ¿a la investigación de oficio del Juez?, ¿al criterio contrastado del actor y demandado?, ¿a la afirmación inicial en la demanda del actor? ... En principio, y esto es comúnmente admitido por la doctrina y también por la jurisprudencia del T.S., se puede decir que para determinar la jurisdicción (y la competencia) en razón de la materia (que, como es sabido, es un requisito o presupuesto procesal) hay que atender a este último criterio, esto es, a la afirmación inicial del actor en la demanda. Es ésta —se

ha dicho (GUTIERREZ DE CABIEDES)— una de las cuestiones que se rigen por el principio de la acción afirmada: si al ejercitarse la acción, se afirma una determinada materia, el Juez tiene que atender a ella para declarar su competencia o incompetencia. Por otra parte, y puesto que "procesalmente considerada la jurisdicción es un presupuesto del proceso y el primero de todos" (CHIOVENDA), a causa de esta consideración, el Ordenamiento jurídico positivo español (LEC y LOPI, básicamente) establece para esta institución un tratamiento procesal que es consecuente con el modo de proceder propio de todos los presupuestos procesales: apreciación de oficio; denuncia de parte —con carácter subsidiario— en vía previa; resolución previa al fondo; absolución de la instancia, en caso de ser apreciada su falta, con la consecuencia de tenerse que volver a plantear el litigio una vez subsanado ese defecto "formal"; nulidad de todo lo actuado —sea lo que fuere "lo actuado"— en cualquier momento del proceso en que se aprecie la ausencia de tal requisito; etc.

Tradicionalmente se viene entendiendo, conforme a lo anterior, que la jurisdicción —por razón del objeto o de la materia— es un tema de forma (en cuanto que afecta al "cómo" o camino formal del juicio) y que para su determinación se atenderá a la acción afirmada, a la concreta tutela jurídica que postula el actor. Sin embargo —y esto es lo que, al hilo de la sentencia que nos ocupa, interesa señalar aquí—, esta caracterización

de ese presupuesto procesal no es, a nuestro entender, exacta, porque: de un lado, se ha puesto de manifiesto recientemente por el Tribunal Constitucional (*S.TC. I, de 30 de septiembre de 1.986* -R.A. 112-) que es en el órgano judicial "en quien reside la competencia para establecer, al margen de las afirmaciones de las partes, las calificaciones jurídicas que merecen los hechos por ellas aportados, máxime si se trata de calificación determinante de la propia jurisdicción, presupuesto procesal que el ordenamiento legal atribuye imperativamente a los distintos órdenes judiciales más allá del poder dispositivo de los litigantes" (doctrina del T.C. que lleva a preguntarse si se puede sostener indubitadamente que esta cuestión se rige por la acción afirmada). De otro lado, no creemos que determinar qué tipo de jueces tiene jurisdicción por razón de la materia sea, exclusivamente y en todo caso, un tema de forma; puesto que para decidir si un asunto corresponde o no a un tipo de jueces (a los jueces del orden civil, por ejemplo) es necesario dilucidar la naturaleza de dicho asunto, de la concreta relación jurídica debatida, y dilucidar si la relación jurídica objeto del proceso es, por ej., civil o laboral no es un tema de forma, sino de fondo (que afecta al "qué" o fondo del juicio): exige un enjuiciamiento completo y de fondo; afecta, por lo tanto, a la propia relación jurídica material controvertida y no solamente a la relación procesal (y, aceptado esto, nos preguntamos cómo es posible afirmar que la juris-

dicción por la materia es un mero tema de forma).

Pues bien, esto último que acabamos de señalar ocurre o, mejor, se advierte, en cierto modo, en el asunto que comentamos. En efecto, la Ley de 24 de diciembre de 1.962, a la que se remite la sentencia de la A.P., atribuye "competencia", por razón de la materia, a la Jurisdicción de Marina para conocer de las acciones de auxilio, salvamento y remolque prestados por un buque a otro, presuponiendo el sometimiento a dicha Ley que los buques intervinientes se hallen en mar abierto, con exclusión de los servicios de asistencia que tengan lugar dentro de un puerto en que se encuentren amarrados los buques objeto de la misma. Lo que significa, *sensu contrario*, que los servicios de auxilio prestados a una nave atracada en puerto pueden ser objeto de indemnización a través de una reclamación procesal ante la Jurisdicción ordinaria-civil (con base en las tarifas portuarias establecidas, o servicio previamente concertado, o indemnización por título privado civil o mercantil) (así, Ss. TS. de 8 de marzo de 1.971 y 17 de diciembre de 1.975). Todo depende, en definitiva, del tipo de trabajo u operación efectuada, es decir, de la calificación jurídica que deba recibir la acción de auxilio prestada y a causa de la que se reclama judicialmente.

Y se observa, a partir de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la sentencia que estamos comentando, que los actores interpusieron demanda en re-

clamación de cantidad por los trabajos realizados en la embarcación pesquera propiedad del demandado, consistentes —según se dice— en remolcarla, amarrarla en puerto y efectuar una reparación provisional y urgente de los desperfectos que presentaba (reflotamiento); parece, pues, que la clase de operación realizada por los actores consistió —en parte, al menos— en auxiliar o salvar el buque, y en este sentido en algún momento (relación de hechos de la propia demanda iniciadora del procedimiento) aluden aquéllos expresamente al "salvamento" del buque. El demandado, por su parte, alega que se trató por consiguiente de una acción de asistencia o salvamento marítimo sometida a la Ley de 1.962; si bien, inconsecuentemente con lo alegado, reconoce la parte demandada (en el hecho primero de su escrito de contestación a la demanda) que efectuaron los actores su trabajo cuando la embarcación ya había entrado en puerto. Inicialmente, no resulta muy claro, desde luego, de qué naturaleza es el asunto en cuestión.

Ante esto, ¿qué hacen el Juzgado y la Audiencia?, ¿cómo resuelven la posible falta de jurisdicción del orden civil, alegada en la primera instancia y reproducida por el demandado-recurrente en la segunda?. Ambos órganos judiciales declararon improsperable la excepción. El Juez *a quo* desestima, en su sentencia (al finalizar la primera instancia) la excepción de falta de jurisdicción propuesta por

el demandado; el Tribunal *ad quem*, a la vista de lo expuesto por las partes y de lo que dispone la indicada Ley de 1.962, desestima igualmente la excepción invocada, por cuanto —dice la A.P., como hemos visto ya— “la reclamación de los actores, a pesar de que en la relación de hechos de la demanda se alude en algún momento al “salvamento” del buque, no se basa en la remuneración que pudiera corresponderles como consecuencia de las operaciones de auxilio, sino en la retribución de los trabajos realizados por los actores, como buzos profesionales, (...) cuando la embarcación (...) ya había entrado, por sus propios medios, en el Puerto”.

Hay que resaltar, pues, en primer término, que el Juez analiza la procedencia o no de la excepción de falta de jurisdicción por razón de la materia en la sentencia, al final del proceso, y, si bien es verdad que lo hace así porque se trataba en este supuesto de un juicio declarativo de menor cuantía (en que, como es sabido, las excepciones procesales se acumulan al fondo del asunto), cabría preguntarse si habría podido analizar esa cuestión —tratándose de un juicio de mayor cuantía— en un momento procesal anterior, al principio del proceso (a partir, sólo, de la afirmación inicial en la demanda del actor), lo cual sería consecuente con el modo de proceder propio de todos los presupuestos procesales. Creemos que no, porque determinar, en este caso —como en otros—, la calificación de la materia litigiosa determinante de la Ju-

risdicción que debe conocer, es decir, si se trató, aquí, de una acción de auxilio o salvamento marítimo (atribuida a la Jurisdicción de Marina) o de un arrendamiento de servicios prestados a una nave amarrada en puerto (competencia de la Jurisdicción civil), exige, necesariamente, un enjuiciamiento más completo y de fondo. Adviértase, en segundo lugar, que es finalmente el Tribunal (la Audiencia Provincial) quien, al margen de las afirmaciones de las partes, establece la calificación jurídica que en rigor merecen los hechos por ellas aportados (con lo que se acoge, de forma implícita, a la jurisprudencia constitucional anteriormente reseñada).

En suma, lo ocurrido en este caso es un buen ejemplo de la estrecha relación existente entre presupuesto procesal de la jurisdicción (por razón del objeto) y cuestión de fondo y, asimismo, de las importantes facultades del órgano judicial en estos supuestos. En este sentido, los “postulados” ya tradicionales en la materia (que la acción afirmada vincula al Juez a efectos de determinar la Jurisdicción en razón de la materia y que es ésta una cuestión de forma), deben ser, en nuestra opinión, convenientemente matizados.

Francisco López Simó

Acción de división sobre vivienda común cuyo uso había sido atribuido a uno de los cónyuges en sentencia de divorcio; necesidad de consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial.

Audiencia Territorial de Palma de Mallorca (Sala de lo Civil). Sentencia de 1 de diciembre de 1988, nº 333.

Ponente: D. Fco Javier Muñoz Giménez.

Doctrina

"El texto del artículo 96 del Código Civil no suministra base suficiente para concluir que la limitación estatuida en su párrafo último (...) se encuentra circunscrito a los supuestos en que la medida atributiva del uso ha sido decretada por el Juez con exclusión de aquellos otros en que proviene de la conjunta voluntad de los interesados; porque, además, tampoco se vé qué justificación podría tener esa discriminación de trato que privaría al cónyuge que se separa o divorcia de acuerdo con el otro de la especial protección que aquel precepto dispensa, cuando ocurre que la limitación de la facultad de disponer de los derechos sobre la vivienda habitual (...) forma parte del llamado régimen matrimonial primario y rige, por consiguiente, incluso durante la situación de convivencia conyugal normal, de conformidad con el artículo 1320 del Código, el cual, en realidad, viene a prolongarse también a la época posterior a la crisis; y porque, en último término, la fuerza de obligar de las estipulaciones que integran el contenido del convenio regulador dimana, no tanto de la voluntad de los esposos, cuan-

to que de la aprobación del Juez, que es quien controla estas estipulaciones y quien las sanciona si estima que no son dañosas para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (art. 90 2º), lo cual aproxima las dos vías legalmente previstas para la adopción de las medidas complementarias de la nulidad, separación y divorcio matrimoniales y evidencia que no media entre ellas ninguna diferencia de esencia final que preste amparo a la distinción que el recurrente apunta."

"El art. 96 párrafo último del Código, habida cuenta de que no hace distinciones de clase alguna, afecta a todos los supuestos en que se atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no es titular de los derechos sobre la misma posibilitadores de su ocupación; además de que esa atribución (...) no engendra en favor del cónyuge no titular y de los hijos que con él convivan, ningún derecho de naturaleza real (...) sino que la atribución del uso despliega su eficacia directa únicamente entre los miembros del grupo familiar, sin repercusión inmediata frente a terceros, y sólo subsiste en tanto no se extinga el derecho que le sirve de soporte; pues la Ley no caracteriza de ma-

nera expresa la concesión del uso de la vivienda donde habitó el matrimonio como un derecho real y, por otro lado, arbitra un sistema de protección de la medida —la limitación de las facultades dispositivas del cónyuge titular de los derechos sobre el domicilio— que, ciertamente, resultaría innecesario si lo fuese, y, en fin, no reconoce al cónyuge a quien se confirió el tan repetido derecho de uso otro medio de atacar los actos de enajenación verificados por el otro sin su consentimiento ni la autorización judicial supletoria, que el de instar la anulación de tales actos, conforme es de entender por aplicación analógica de lo que establece el art. 1322 del Código civil, hipótesis en que el derecho de uso trasciende a terceros y siempre que éstos, además, no sean adquirentes a título oneroso que hayan procedido de buena fe (art. 1320 2º)."

La autorización judicial prevista en el art. 96 4º del Código Civil "no puede otorgarse ahora en el presente juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sino que ha de recabarse precisamente del Juzgado (de Familia)(...), que fue el que conoció de los autos de divorcio; y ello por un doble motivo que ha de superponerse a consideraciones de economía procesal: a) la Disposición Final de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil (...) previene que los Juzgados de Familia, una vez creados, habrán de asumir las funciones atribuidas en la propia Ley a los de Primera Instancia;

lo cual excluye terminantemente la posibilidad de que, allá donde aquéllos existan, esas funciones puedan ser desempeñadas por órganos jurisdiccionales diversos; y b) el art. 55 de la L.E.C. ordena con carácter general que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito la tendrán también para todas las incidencias que en él se susciten y para la ejecución de la sentencia, y lo cierto es que la autorización postulada encuentra encaje dentro de esta última fase del proceso."

Comentario

1. Sobre esta misma materia han recaído otras dos sentencias, que estimo necesario reseñar.

La primera es la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1988, que se muestra favorable al ejercicio, no autorizado por el juez de familia ni consentido por el cónyuge copropietario, de la acción de división, si bien en el caso existe una diferencia quizás relevante —aunque no le concede tal carácter la misma sentencia—: la asignación de la vivienda familiar se había efectuado en el supuesto específico previsto en el párrafo 3º del art. 96, sin que se estableciera la limitación temporal que dicho precepto prescribe. Con una confusa fundamentación jurídica parece que dicha sentencia quiere dar a entender que el art. 96 contempla únicamente el supuesto de vivienda privativa del cónyuge a quien no se atribuye su uso, mientras que el supuesto de vivienda común se encuentra en una

laguna de ley que debe resolverse conforme al beneficio de la máxima libertad. La sentencia ha merecido, en cuanto a su fundamentación, la crítica de sus comentaristas (RAMS ALBESA, MURCIA QUINTANA).

La segunda sentencia es la de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 21 de junio de 1989 (Actualidad Civil. Audiencias, 1989, nº9), que, pese a tener ya a la vista la sentencia mencionada del Tribunal Supremo, confirma la posición de la Sala en cuanto a la no permisión de la acción divisoria. Se sostiene en esta sentencia que resulta ilógico que el titular pleno de la vivienda no pueda disponer de ella y provocar el desalojo del cónyuge usuario y sí lo pueda conseguir quien es titular de un derecho semipleno, para quien, *a fortiori*, también debería estar prohibido. Igualmente se investiga, con el objetivo de cubrir la posible insuficiencia literal del art. 96, en la finalidad y espíritu de dicha norma, que se localiza, según esta sentencia, en "reducir los perjuicios psicológicos que para éstos (los hijos) acarrear los cambios de todo tipo que produce la separación o divorcio de sus padres, permitiéndoles al menos conservar un marco de referencia estable como es el domicilio familiar". Esta *ratio* —estima la sentencia— no queda cubierta, admitida la acción de división, ni por la posibilidad de que el cónyuge usuario concurra a la subasta y adquiera el pleno dominio de la vivienda ni por la recepción del metálico correspondiente a su cuota condominial; exige, en

cambio, la intervención del Juzgado de Familia para que, valorando el interés de los hijos, autorice o no la división.

2. La sentencia que aquí comentamos rechaza la tesis que concibe el derecho de uso establecido en el art. 96 del Código civil como derecho real y que ha sido sostenida por un sector doctrinal (RAMS ALBESA, O'CALLAGHAN MUÑOZ, ISAC AGUILAR). Para ello se basa en que, de tratarse de un derecho real, carecerían de sentido y utilidad las limitaciones dispositivas que establece el art. 96.4. En efecto, para proteger la permanencia de los derechos sobre cosas ajenas, el legislador tiene una doble opción: o bien configurarlos como derechos personales y prohibir al deudor que disponga del bien sobre el que recae el derecho, concediendo al interesado una acción de anulabilidad de los actos dispositivos que no cuenten con su consentimiento (por ejemplo, arts 1320 y 1322, del C.c. o 33 y 34 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares); o bien configurarlos como derechos reales, aumentando el grado de seguridad para sus titulares, al resultar eficaces frente a terceros, y, al mismo tiempo, permitiendo la libre incorporación al tráfico económico de la cosa soporte del derecho o gravamen. Una doble y antieconómica protección, consistente en eficacia frente a terceros y prohibición de disponer, es vista con disfavor por el propio legislador (art. 785 2º C.C. y 26 L.H.). Relacionando la Disposición Adicional 9ª de la Ley 30/81 de 7 de ju-

lio, el art. 26 2º de La Ley Hipotecaria y el 91 1º del Reglamento Hipotecario cabría, sin embargo, dotar de constancia registral a la atribución en sentencia del uso de la vivienda familiar y a la prohibición de disponer que la acompaña (en este sentido LUNA SERRANO y VALLADARES RASCON; contra, GORDILLO CAÑAS).

3. La imposibilidad de discriminar titularidades según que la atribución de la vivienda se produzca en una separación "contenciosa" o en separación "amistosa" o "convencional" basada en el convenio regulador propuesto por los cónyuges parece evidente y resulta meridianamente fundada en esta sentencia. La pérdida por el convenio de su naturaleza meramente contractual una vez que es asumido por el juez e incorporado a la sentencia —a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos privados con los que se solía regular la separación de hecho antes de la ley del divorcio— plantea algunas otras cuestiones de interés; por ejemplo, si el convenio —y la sentencia que se basa en el mismo— puede ser impugnado por vicio del consentimiento o únicamente por la modificación sustancial de las circunstancias (art. 90.3 C.c.) (en sentido favorable, ROCA TRIAS). Obsérvese que la concurrencia de voluntades más o menos viciadas en las situaciones de conflictividad matrimonial es relativamente frecuente; cabe preguntarse, por ejemplo, si constituye amenaza injusta la presión ejercida sobre el cónyuge más interesado en la ruptura del vínculo cuando el otro con-

diciona la concesión de la separación o divorcio "amistosos", con la ganancia de tiempo que ello conlleva, a la firma de un determinado convenio regulador. En concepto de mera aproximación al tema, considero que una primera dificultad reside en el hecho de que el juez deba pronunciarse —y sea objeto del proceso— sobre si el convenio es o no gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, lo que probablemente impida que la existencia de este perjuicio, que es parte componente del supuesto legal de alguno de los vicios del consentimiento —la esencialidad del error y gravedad del dolo suelen residir, en la práctica, en la producción de un grave perjuicio para una de las partes contratantes—, pueda ser revisado. Una segunda dificultad reside en el cauce procesal oportuno, que quizás deba ser el del recurso de revisión por maquinaciones fraudulentas (L.E.C., 17964º).

4. La pertenencia al juez de familia, como incidente de ejecución de la sentencia de separación o divorcio, de la competencia para la autorización de la división, viene a impedir, por imperativo del art. 55 de la L.E.C., que pueda ser tratado como incidente de previo pronunciamiento en juicio de división ante el juez ordinario.

Santiago Cavanillas Múgica

Límite temporal de los alimentos reconocidos a los hijos en sentencias de separación o divorcio; no lo es la llegada de éstos a la mayoría de edad. Atribución ex art. 96 C.c. de dos viviendas, distintas de la última vivienda familiar. Carácter reparador, no alimenticio, de la pensión compensatoria.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª). Sentencia de 13 de diciembre de 1989, nº 333.

Ponente: D. Carlos Gómez Martínez

Doctrina

"A partir de su sentencia de 7 de octubre de 1989, esta Sala ha adoptado la doctrina, que ya se seguía en otros Tribunales, de entender que la pensión alimenticia acordada en un proceso de separación o divorcio puede extenderse más allá de la mayoría de edad del hijo o hija si las necesidades de éste y las posibilidades del alimentante se mantienen. El criterio de la Sala, reiterado en su sentencia de 23 de noviembre de 1989, es el que ha sido acogido por el legislador en la proposición de Ley de Reforma del Código Civil publicada en el Boletín Oficial de las Cortes el 1 de junio de 1989 en cuyo artículo 4º se propone la inclusión en el artículo 93 del Código Civil de un segundo párrafo cuyo texto sería: 'Si concurren en el domicilio conyugal hijos mayores de edad que carecen de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que les sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes de este Código civil'"

"Habiéndose mostrado ambos progenitores conformes en que su hija (...) viva con la madre, es

obvio que el uso de la vivienda ha de concederse a ambas (...)". La atribución a madre e hija del uso de un piso en Palma, copropiedad de los esposos, diferente de la última vivienda familiar, situada en Sa Pobla y en estado de abandono, se justifica por las necesidades académicas de la hija. "La atribución de la casa del Puerto de Alcudia halla su razón de ser en la conveniencia de que la hija continúe gozando del nivel de bienestar conseguido por la familia y procurando que la disolución del matrimonio de sus padres no tenga, en este como en otros aspectos, una influencia negativa en el curso de su vida. Tales medidas han de tener carácter temporal pues la efectiva emancipación de la hija o la definitiva atribución de bienes a la demandada en el proceso declarativo seguido a tal fin, podrán llevar a alterar lo aquí resuelto."

"La pensión regulada en los arts. 97 y 99 del Código Civil no es de naturaleza alimenticia, sino de carácter reparador del descenso que la separación o, en su caso, el divorcio, ocasionan en el nivel de vida de uno de los esposos en relación con el que conserve el otro y

en función del que aquél venía disfrutando anteriormente en el matrimonio, según su posición económica y social, operando como remedio o recurso corrector del desequilibrio generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la crisis matrimonial. No ha de tomarse como referencia el momento inicial del matrimonio sino aquél en que se produjo la separación o divorcio."

Comentario

1. La incidencia de la mayoría de edad del alimentista sobre la contribución de cada progenitor a los alimentos de los hijos fijada en sentencia de separación, divorcio o nulidad plantea diversos problemas, nada inusuales en la práctica, como: A) si en juicio matrimonial pueden otorgarse alimentos a un hijo que ya ha llegado a la mayoría de edad; B) si, concediéndose en juicio matrimonial alimentos en favor de un menor, puede el obligado a prestarlos solicitar su eliminación, mediante acción de modificación de medidas, al llegar el alimentista a la mayoría de edad o, incluso, si dicha "caducidad" opera automáticamente, quedando en ambos casos al (ex)alimentista la posibilidad de reclamar alimentos en juicio independiente; C) si, concediéndose en juicio matrimonial alimentos en favor de un menor, puede establecerse en la sentencia que dichos alimentos se extiendan más allá de la mayoría de edad.

Antes de entrar en el estudio de cada uno de estos supuestos con-

viene sentar algunos presupuestos sobre la naturaleza de la prestación de alimentos *ex art. 93*:

a) En primer lugar, en el sentir unánime de la doctrina (RIVERO HERNANDEZ, ROCA TRIAS, DELGADO ECHEVERRIA), todas las menciones a los "hijos" que se contienen en los arts. 90 y ss., incluida la del art. 93, deben entenderse referidas exclusivamente a los menores de edad.

b) El titular del derecho a los alimentos concedidos en la sentencia de separación o divorcio es el propio menor y no el progenitor con quien convive —que sólo los administrará— (en este sentido RIVERO HERNANDEZ, ROCA TRIAS). Teniendo en cuenta que la demanda de separación o divorcio la interponen los cónyuges en nombre propio y no en nombre y representación de los hijos, cuya representación legal, además, pueden discutirse recíprocamente, habrá que entender que nos encontramos ante un supuesto de legitimación por sustitución, análoga a la de ciertas Cámaras y Colegios Profesionales; con la particularidad, además, de que dicha legitimación se reconoce a ambos padres, con tal de que reclamen para sí la guarda y custodia de los hijos.

c) El art. 153 del C.c. establece que "las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o

lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate". La normativa contenida en los arts. 142 y ss. del C.c. constituye, por tanto, el Derecho común del derecho de alimentos, papel que también le ha de corresponder en relación con el recogido en el art. 93.

Con estas bases, empezaré examinando el supuesto A). En contra de la posibilidad de que en sentencia matrimonial se conceda a un mayor de edad —al tiempo de interponerse la demanda— derecho a alimentos concurren varios argumentos.

En primer lugar, no es posible acumular en el mismo pleito una acción de separación o divorcio y una acción de reclamación de los alimentos regulados en el Título VI del Libro I del C.c., pues lo impiden los arts. 154 2º y 3º y 156 de la L.E.C.. Tal acumulación sólo la permite excepcionalmente el legislador, en el art. 93 del C.c., para los hijos menores.

En segundo lugar, el progenitor en cuya compañía vive el hijo mayor de edad carece de legitimación o representación legal alguna que le permita litigar por aquél. Si una futura reforma del C.c. admitiera esta posibilidad, se generaría un nuevo supuesto de legitimación por sustitución; pero, mientras tanto, como figura excepcional que es —para reconocerla, el Tribunal Supremo atiende a la existencia de "un vínculo o ligamen legal" o "normas legales denotadoras de la facultad" de sustitución (sentencias de 6 de noviembre de 1941 y

21 de noviembre de 1958, entre otras)—, debe entenderse excluida.

Por otro lado, no se ve qué interés resulta protegido con esta especial legitimación, pues ninguna ventaja específica resulta de la discusión de los alimentos del hijo mayor de edad en el juicio matrimonial, habida cuenta de que el resultado del mismo no es cuestión prejudicial que estorbe el procedimiento específico que dicho hijo, mayor de edad, pueda seguir para el reconocimiento de su derecho a alimentos. Al contrario, la acumulación puede resultarle perjudicial, pues, si en el pleito matrimonial no se estimara la demanda de separación o divorcio, resultaría frustrada la petición alimenticia ejercitada en el mismo.

No parece que la doctrina de la Sala quiera llegar al extremo de reconocer a uno de los progenitores legitimación para reclamar en juicio matrimonial alimentos para un hijo mayor de edad, pues tanto en esta sentencia como en la citada de 7 de octubre de 1989, el alimentista, al tiempo de interponerse la demanda, era menor de edad. En la doctrina, DELGADO ECHEVERRÍA se ha manifestado contrario a la posibilidad de que un progenitor reclame alimentos para el hijo mayor de edad. En la última "jurisprudencia menor", se ha adoptado la posición negativa en la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 8 de febrero de 1988 (R.G.D., 1989, p. 3357), mientras que se ha admitido la reclamación de alimentos para mayores de edad en la de la Audiencia Territo-

rial de Pamplona de 8 de octubre de 1987 (R.G.D., 1988, p. 1508).

Vayamos ahora con la cuestión B): incidencia de la mayoría de edad sobrevenida sobre los alimentos reconocidos en sentencia matrimonial. Las posibles soluciones son cuatro: primera, extinción automática del derecho a alimentos, quedando abierta para el hijo la posibilidad de reclamarlos en un juicio *ad hoc*; segunda, posibilidad para el alimentante de provocar la extinción de la obligación alimenticia ejercitando una acción de modificación de medidas que no admitiría oposición ni reconvencción basada en la subsistencia de necesidades merecedoras de la continuación de la prestación de alimentos; tercera, lo mismo, pero admitiendo que en el pleito sobre modificación de medidas se discuta el mantenimiento de los alimentos con base en lo dispuesto en el art. 142 del C.c.; cuarta, que el progenitor deba acudir al procedimiento ordinario para lograr la extinción de los alimentos con apoyo en el art. 152 del C.c..

Personalmente, me inclino, no sin dudas, por la última de estas soluciones.

En primer lugar, estimo que cualquier corte radical entre minoría y mayoría de edad —soluciones primera y segunda— resulta muy poco ajustada a la realidad de nuestro tiempo, en la que no es normal que la mayoría de edad provoque una modificación tajante en las necesidades del alimentista.

En segundo término, no regulando el art. 93 el tema de la ex-

tingción de los alimentos allí determinados, deberá acudirse, en virtud de lo dispuesto en el art. 153 del C.c., al que he denominado Derecho común de los alimentos: los arts. 142 y ss. En concreto, deberá aplicarse el art. 152, que no considera la mayoría de edad, sino sólo la desaparición efectiva de la necesidad, como causa de extinción. Además, con base en este argumento, el procedimiento a seguir debería ser el común y no el específico de modificación de medidas.

A lo mismo conduce, en tercer lugar, la idea de que la acumulación de los alimentos de los hijos menores a la cuestión matrimonial ha sido establecida por el legislador por una mera razón de economía procesal, intentando evitar que el progenitor demandante o demandado en el pleito matrimonial deba iniciar posterior o simultáneamente, aunque sea como representante legal del menor — conforme dispone el art. 156 5º —, contra el mismo oponente, otro pleito sobre alimentos. Esta *ratio* desaconseja toda solución del caso planteado que genere efectos contrarios a la propia economía procesal, como ocurre con las numeradas como primera y segunda.

Presupuesto que el titular del derecho a los alimentos concedidos en la sentencia de separación o divorcio es el propio menor y no el progenitor con quien convive y que el régimen jurídico de dicho derecho es el de los arts. 142 ss. del C.c., la conexión legalmente establecida de dichos alimentos con el

pleito matrimonial es meramente procesal y reside en: a) la posibilidad de acumular al pleito matrimonial una acción de reclamación de alimentos y b) la legitimación por sustitución —combinada con un amplio margen para la intervención del juez— reconocida al progenitor con quien el menor ha de convivir. Con la mayoría de edad del alimentista desaparece el segundo elemento de conexión —la especial legitimación reconocida a uno de los progenitores—. ¿Qué ocurre con el primer elemento de conexión? Si subsiste, la extinción del derecho a alimentos podrá solicitarse mediante acción de modificación de medidas, pero deberá ser demandado el propio alimentista, titular del derecho discutido, toda vez que el otro progenitor carece de legitimación (pasiva) al respecto; el alimentista demandado, lógicamente, podrá oponer la permanencia de la necesidad. Si no subsiste, el litigio sobre extinción del derecho a alimentos deberá sustanciarse por el procedimiento común. En mi opinión, como creo que la acumulación comentada es permitida por el legislador contando con la coincidencia personal en la postulación de la separación o divorcio y de los alimentos, la conexión procesal decae absolutamente cuando el alimentista llega a la mayoría de edad, debiendo tratarse todas las cuestiones que dichos alimentos susciten como si no procedieran de una sentencia recaída en proceso matrimonial.

Pese a no tratarse específicamente el tema en cuestión, el tenor de la doctrina sentada por la

Sala Tercera en esta sentencia y en la de 7 de octubre de 1989 induce a pensar que la Audiencia seguirá, por lo menos en el sentido de no acceder a la modificación de los alimentos por el solo hecho de alcanzar el alimentista la mayoría de edad, la línea apuntada, ya adoptada por otros tribunales — Audiencia Territorial de Oviedo, 8 de febrero de 1988 (R.G.D. 1989, p. 3357), Audiencia Provincial de Oviedo, 9 de mayo de 1989 (A.C., 1989, nº 8); contra: Audiencia Territorial de Bilbao, 12 de abril de 1985 (La Ley, 1985, 3, p. 408), Audiencia Territorial de Burgos, 1 de octubre de 1987 (R.G.D., 1988, p. 6293) —.

Basándose la conexión entre alimentos y juicio matrimonial en una mera razón de oportunidad procesal, no veo inconveniente, respecto del problema expuesto en el apartado C), en que en dicho juicio se señale un plazo de duración de los alimentos que exceda de la mayoría de edad del alimentista. En tal sentido se ha pronunciado la Audiencia Territorial de Pamplona en sentencias de 9 de enero de 1987 (La Ley, 1987, 2, p. 249), 21 de enero de 1987 (La Ley, 1987, 2, p. 416) y 8 de octubre de 1987 (R.G.D., 1988, p. 1508).

2. En relación a la vivienda familiar, esta sentencia contiene tres particularidades a destacar: a) la atribución al cónyuge e hija que vive en su compañía del uso de piso distinto del que constituyó el hogar familiar; b) la atribución del uso de dos viviendas: un piso en Palma y un chalet en Puerto de Alcudía y c)

la posible conservación de dicho derecho de uso, en caso de que se dilate el proceso de división del común patrimonio familiar, más allá de la mayoría de edad de la hija, en tanto ésta no se emancipe efectivamente.

La regulación del uso de la vivienda familiar recogida en el art. 96 del C.c. provoca no pocos problemas interpretativos, para cuya resolución es necesario investigar en la *ratio*, espíritu o finalidad del precepto. Al respecto se pueden defender al menos dos posturas.

En primer lugar, puede entenderse que el sentido del art. 96.1 es mantener un punto de referencia estable para los hijos que disminuya los trastornos psicológicos y afectivos que la crisis de sus padres les comporta (en este sentido, RAMS ALBESA). En favor de esta tesis milita el carácter automático con que el Código ordena la atribución de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos, sin que se exija necesidad ni carencia de medios u otra vivienda. Si se aceptara esta tesis, quedarían carentes de amparo dos de los resultados a que llega la sentencia comentada: a) la atribución del uso de vivienda distinta de la familiar, porque en ella no se encuentra un centro de estabilidad afectiva para el menor, a no ser que se entienda que "vivienda familiar" no equivale a "vivienda habitual o común" (en este sentido, GARCIA CANTERO); b) la continuación en el uso más allá de la mayoría de edad, porque a partir

de ella los padres no tienen obligación alguna de tener a los hijos en su compañía (ver art. 154 C.c) —ni de permitir su permanencia en el (ex)hogar familiar—, pudiendo concederles alimentos en cualquiera de las dos formas que el art. 149 del C.c. admite. En cambio, en casos extremos en los que la condición de morada familiar se repartiera casi equitativamente entre dos viviendas, cabría extender a las dos el uso ex art. 96 (en relación al art. 1320, admiten la posibilidad de una vivienda familiar múltiple LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA y ALBIEZDOHRMAN).

Una perspectiva distinta — probablemente adoptada en esta sentencia— consistiría en considerar la atribución del uso de la vivienda familiar como un componente *in natura* de la prestación alimenticia o contribución a las cargas familiares debidas por el padre que no tiene la guarda de los hijos (en este sentido, ROCA TRIAS). En favor de esta tesis concurre una razón práctica: ante el dato sociológico del frecuente y difícilmente evitable impago de las prestaciones alimenticias pecuniaras, la atribución de parte de los alimentos *in natura*, es decir, en forma de uso de la vivienda, supone una más segura satisfacción de las necesidades del menor. Además, la inconcreción con que se expresa el art. 93 del C.c. permite comprender dentro del concepto de "contribución" tanto la pecuniaria como la material (la conexión entre los arts. 93 y 96 es destacada por ROCA TRIAS). Concebir el uso

de la vivienda como parte del derecho a alimentos de los hijos permitiría tanto hacerlo recaer sobre vivienda distinta de la familiar o sobre dos o más viviendas, como extender el derecho de uso más allá de la mayoría de edad, pero a cambio exigiría tanto la prueba de la necesidad como la debida proporcionalidad entre la contribución paterna y la materna.

Esta aplicación extensiva de lo dispuesto en el art. 96 ofrece, en casos como el presente en que el patrimonio inmobiliario familiar se encuentra en estado de indivisión, notable trascendencia práctica, al evitar, al menos parcialmente, en cuanto interesa a los hijos, la dificultades que plantea el uso y posesión de los bienes comunes (art. 394 del C.c.), máxime si los copropietarios están enzarzados en un contencioso matrimonial. En parte, entonces, esta medida tiende a solventar un tema inicialmente extraño al juicio matrimonial como es la posesión de los bienes comunes del matrimonio. No es la única manifestación que he encontrado, en la práctica cotidiana de los juicios matrimoniales, de una notable tendencia expansiva en cuanto a su objeto; pueden verse también el ap. 1 de este mismo comentario — en cuanto a los alimentos de los hijos — y el ap. 2 del comentario de la sentencia de la misma Sala de 30 de enero de 1990, en esta misma revista — en cuanto a la liquidación del régimen económico matrimonial —.

3. Sobre la naturaleza no ali-

menticia sino compensatoria o reparadora de la pensión regulada en el art. 97 del C.c. hay unanimidad en la doctrina (DIEZ-PICAZO/GULLON, ROCA TRIAS, GARCIA CANTERO, TORRES LANA, LUNA SERRANO...). Sus diferencias respecto de la pensión alimenticia se manifiestan, por ejemplo, en que en la sentencia de separación — no en la de divorcio — puede señalarse, junto a la pensión compensatoria, otra de alimentos; o en que la muerte del obligado produce la extinción del derecho a alimentos y no ocurre lo mismo con la pensión compensatoria (arts 152 1º y 101 2º C.c.). Precisamente por existir disimilitudes en el régimen jurídico, considero poco adecuada, pese a ser práctica frecuente en algunos juzgados, la condena a cantidad única en concepto de pensión y alimentos para el cónyuge perjudicado o, lo que es más grave, para él y los hijos que quedan bajo su guarda.

La pensión se concibe como "resarcimiento de un daño objetivo" consistente en el desequilibrio económico que la separación o divorcio ocasiona (ROCA TRIAS). El derecho de pensión presupone concebir el matrimonio como una solidaridad de destino, de modo que cada cónyuge adquiere una expectativa al mantenimiento del *status*, indemnizable en términos de responsabilidad objetiva — el *an* y el *quando* no están condicionados a la inocencia o culpabilidad en la causación de la crisis matrimonial —, dependiendo la indemnización — cuya base es el desequilibrio que la separación o

divorcio producen— del grado en que el cónyuge perjudicado haya participado o se haya implicado en dicha comunidad familiar. Es lógico, entonces, que el desequilibrio se mida en el momento de producirse la separación o divorcio; en buena lógica, incluso, debería bastar con la separación de hecho (en este sentido, CAMPUZANO TOMÉ), aunque, quizás, para producir el mismo efecto práctico hayamos de fundarnos en la falta de convivencia como variable cuantificadora de la pensión(art 97.16º).

Santiago Cavanillas Múgica

Espolits; carácter sinalagmático; no aplicación a adquisiciones posteriores a la separación de hecho.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sala 3ª). Sentencia de 30 de enero de 1990, nº 34.

Ponente: D^a. Rosa Rigo Rosselló

Doctrina

"Establece el artículo 66 de la Compilación de Derecho Civil especial de Baleares, reconociendo la vigencia actual de un estado consuetudinario transmitido de generación en generación, existente en las Islas Pitiusas, que podrá pactarse libremente en capitulaciones matrimoniales, conocidas con el nombre de Espolits, el régimen económico a que hayan de sujetarse los bienes de los casados. Los capítulos matrimoniales de Ibiza y Formentera son aquellos negocios de carácter jurídico-familiar en contemplación de un próximo matrimonio, del que son accesorios, que forman una constitución familiar, a modo de entramado orgánico formado por una parte dedicada a los pactos de carácter familiar —régimen económico matrimonial, donaciones esponsalicias, etc.— y por otra dedicada al futuro estatuto sucesorio. Según señala la doctrina foralista más acreditada, se trata de un negocio(...) de carácter predominantemente patrimonial o económico, estando los pactos de aspecto personal supeditados a los de carácter patrimonial, que obedece al principio de conservación del patrimonio familiar, unido al principio estructurante de la familia. Uno de los

pactos más típicos y antiguos de las capitulaciones ibicencas es el del acogimiento en una cuarta parte de las mejoras y adquisiciones matrimoniales, por el que la mujer, a cambio de los servicios prestados durante el matrimonio y aportados a la explotación agraria familiar, recibe la titularidad del derecho a una cuarta parte de los beneficios habidos durante el matrimonio, siendo su finalidad la de mejorar la condición de la mujer a la hora de la viudez."

"Las partes hoy litigantes, con base en lo dispuesto en el artículo 66 de la Compilación, en fecha de 8 de noviembre de 1952 otorgaron capitulaciones matrimoniales o *espolits*, en cuya cláusula primera pactaron que: 'Todas las mejoras, compras y adquisiciones a título oneroso que realicen constante matrimonio, serán divisibles, a su disolución, en la proporción de una cuarta parte para la mujer y las restantes tres cuartas partes para el marido'. (...) se centra la presente apelación en el examen de si procede declarar el derecho del sr. P. sobre las tres cuartas partes de la parcela adquirida y edificaciones levantadas por la sra. B. en fecha de 13 de diciembre de 1974, pretensión que, a juicio de este Tribunal, merece una respuesta negativa, por cuanto: 1º)

la estipulación que se examina hace referencia a los bienes adquiridos a título oneroso 'constante matrimonio', expresión claramente reveladora de la voluntad de los futuros contrayentes de que estaban sujetos a dicha forma de división todos aquellos bienes que, por el indicado título, fueran adquiriendo uno y otro de los esposos durante lo largo de la normal convivencia matrimonial, y no hay que olvidar que el matrimonio de los hoy litigantes tuvo una duración de un año, al cabo del cual la esposa dejó el domicilio conyugal y se reintegró al de sus padres, sin que desde 1953 hayan reanudado la convivencia; 2º) el sector mayoritario de la doctrina foralista se inclina por considerar que este tipo de pactos tiene una estructura sinalagmática, porque contiene prestaciones a cargo de ambas partes, y la titularidad del derecho a una parte de los beneficios habidos durante el matrimonio se basa o tiene su fundamento en los servicios prestados por el titular de ese derecho, durante la indicada etapa matrimonial, y aportados a la explotación familiar. Señalan también, los indicados autores, que si bien es cierto que no puede hablarse de un contrato de sociedad, al faltar la comunidad de bienes, de gestión y de riesgos propios de tales contratos, así como una entidad con propio patrimonio e individualidad, no es menos cierto que tales pactos denotan una cierta estructura asociativa, al ser su nota dominante la idea de cooperación en el logro del patrimonio familiar; y en el caso que ahora se examina,

no concurren ninguna de las notas apuntadas, que justifiquen la atribución al sr. P. de las tres cuartas partes del bien adquirido por la sra. B. -con su único esfuerzo y sin contribución alguna por parte del actor- veintiún años después del cese de la convivencia matrimonial; 3º) el contrato es fuente de obligaciones, que han de cumplirse con arreglo a lo convenido, siempre con adecuación a las pautas de la buena fe, y no cabe duda de que en el caso enjuiciado se ha producido una profunda alteración de las bases del negocio, al haber ocurrido un hecho imprevisto por las partes, de tal entidad que provoca el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato, fundantes de su justa reciprocidad; ya que al pactar sus capitulaciones los hoy litigantes estaban sin duda pensando en el éxito de su unión, en la aportación del esfuerzo común para la consolidación de un patrimonio familiar, en los efectos matrimoniales de la disolución del matrimonio por muerte de uno de los esposos - pacto quinto - y en el futuro estatuto sucesorio - pactos segundo, tercero y cuarto -; 4º) en fecha 18 de febrero de 1966 recayó sentencia dictada por el Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de Valencia, por la que se concedía a al sr. P. la separación, por tiempo indefinido, de su esposa, la sra. B., resolución firme con eficacia en el orden civil, tal como rezaba el artículo 80 del Código civil, redactado según Ley de 24 de abril de 1958, en relación con el artículo 24 del Concordato de 27 de agosto de 1953; y si bien es cierto que no se

promovió la inscripción y la ejecución en lo relativo a efectos civiles, para estos supuestos el Código, en su anterior redacción — artículos 1432 y 1434— disponía que aquellas sentencias, con relación a los bienes del matrimonio, producían la separación de los bienes de la sociedad conyugal y la consiguiente disolución de la sociedad de gananciales, teniendo cada uno de los cónyuges el dominio y administración de los que les correspondían —art. 73.4— y nótese que la pretensión de la parte actora-recurrente se centra sobre un bien adquirido por la sra. B. ocho años después de recaída sentencia firme de separación matrimonial.”

Comentario

1. Presupuesta la inconveniencia, cuando el matrimonio se halla en situación de separación de hecho, de cualquier régimen de comunicación patrimonial, sea el de gananciales, sea el del caso, de acogimiento al otro cónyuge en un cuarto de las mejoras y adquisiciones, resulta interesante examinar, en primer lugar, qué remedios preventivos estaban a disposición de la mujer para evitar la reclamación del marido sobre las adquisiciones por ella realizadas con posterioridad a la separación de hecho.

La primera vía de solución residía en la modificación de los capítulos matrimoniales con eliminación, al menos, del pacto conflictivo. Sin embargo, este remedio no estaba exento de problemas. En primer lugar, hasta 1975, regía en

Derecho común, sin que el Derecho foral balear se apartara de esta regla, el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que impedía la novación de las capitulaciones constante matrimonio. En segundo lugar, a partir de la fecha indicada, la modificación de las capitulaciones matrimoniales era posible, pero exigía, al menos, la voluntad concorde de los dos cónyuges. Sólo en 1981 se reconoce a uno de los cónyuges la posibilidad de instar judicialmente la conclusión de la sociedad de gananciales —y debe entenderse que de cualquier régimen análogo—, por “llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar”.

La segunda vía de solución con que la mujer contaba —y de hecho inició— era la de la separación judicial, necesariamente canónica en la época en que se instó —art. 80 del C.c. (redacción 1958)—. Sin embargo, no se promovió la ejecución de la sentencia canónica en la jurisdicción civil, tal como ordenaba, para la consecución de efectos civiles, el art. 82 del C.c. (redacción 1958). Además, en la época se discutía si la ejecutoria civil de separación personal de los cónyuges aparejaba automáticamente la separación de bienes (arg. *ex art.* 73 4º; en este sentido, LACRUZ BERDEJO) o era necesaria una posterior solicitud al efecto (arg. *ex art.* 1433; así, GARCIA CANTERO).

La inviabilidad del primer remedio —modificación de las capitulaciones— y el no agotamiento

del segundo —separación de bienes como efecto civil de la separación personal canónica— hacen necesario buscar, para el caso enjuiciado, un instrumento jurídico *in extremis* que dé curso al sentimiento de natural repugnancia que, en equidad, provoca la posibilidad de que el marido haga suyas las tres cuartas partes de lo adquirido por la mujer, con su trabajo y con absoluta independencia económica, veintiún años después de haberse roto definitivamente la convivencia matrimonial. En un caso como el presente es muy difícil que el juzgador pueda hurtarse a un prejuicio o antejuicio basado en el mencionado sentimiento de lo *æquum et iustum*. Indiscutiblemente, la equidad es un componente básico de la justicia; pero el buen arte de juzgar exige conjugarla con el debido respeto a la ley y con las necesidades de la seguridad jurídica, lo que veta fallar con el solo fundamento de la "desnuda" equidad (art. 3.2 del C.c.). La motivación técnico-jurídica de la sentencia, por el contrario, constituye una garantía contra la arbitrariedad, en un doble sentido: primero, porque siempre es más fácil el control, revisión o crítica de lo explícito que de lo oculto; segundo, porque patentiza que el juzgador ha estudiado a fondo el caso, estudio que, además, puede conducirle a modificar su primera impresión. Desde esta perspectiva destaca en esta sentencia no sólo la justicia del resultado, sino también el esfuerzo argumentativo desarrollado, pese a que la labor, como ahora veremos, no resultaba fácil.

A mi modo de ver, este caso permitía seguir dos líneas: una subjetiva, basada en la voluntad de los cónyuges, y otra objetiva, amparada en la desaparición de la base del negocio por la alteración de circunstancias sobrevenida.

La argumentación objetiva, que a continuación desarrollaré, es la que presenta más problemas. Su esencia consiste en entender que las capitulaciones, con independencia de cuáles fueran las motivaciones concretas de los contratantes, carecen de todo sentido, por haberse roto radicalmente la reciprocidad de prestaciones o haberse frustrado el fin del negocio. Tratándose de negocios de tracto sucesivo, la jurisprudencia ha admitido, si bien con ciertas restricciones debidas a su carácter excepcional, la posibilidad de resolver o revisar un contrato afectado por una radical alteración de las circunstancias (entre muchas otras, sentencias de 10 de octubre de 1980 y 9 de diciembre de 1983).

La trasposición de esta doctrina a los *espolits* de nuestro caso ofrece importantes, aunque no insalvables, obstáculos.

En primer lugar, respecto de otro régimen de comunicación matrimonial —el de gananciales—, el propio legislador manifiesta su indiferencia respecto de la continuidad o no de la convivencia matrimonial, que sólo afecta a la subsistencia del régimen cuando uno de los cónyuges ejercita la correspondiente acción dirigida a la disolución de la sociedad (art. 1393 3º del C.c.). Es decir, que el legisla-

dor común no encuentra una inviabilidad intrínseca en la permanencia de la comunicación patrimonial durante una situación de separación de hecho. La doctrina, igualmente, admite, en principio y con una valoración crítica de los resultados, la aplicación del régimen de gananciales a un matrimonio que se halla virtualmente separado (DE LA CAMARA, LACRUZ BERDEJO, TORRALBA SORIANO, CABANILLAS SANCHEZ; sólo MORALES MORENO y para el régimen de participación atribuye efectos suspensivos del régimen a la separación de hecho). También el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de marzo de 1980, ha considerado que la mera separación de hecho no conduce a la extinción de la sociedad de gananciales, si bien fundamenta igualmente el fallo en la falta de pruebas fidedignas del momento en que se consumó la separación.

En segundo lugar, la aplicación a las capitulaciones matrimoniales del régimen contractual de resolución no resulta "cómoda", tanto por ser su naturaleza mixta, familiar y patrimonial, como porque el art. 1335 limita la trasposición analógica de la normativa contractual a la invalidez de las capitulaciones matrimoniales, concepto que engloba las causas de nulidad, anulabilidad y rescisión, pero difícilmente las de resolución contractual. Incluso admitiéndose este remedio, obsérvese que, para otra de las causas típicas de resolución —el incumplimiento grave de sus obligaciones por una de las partes—, si bien los arts. 1393 4º

del C.c., para el régimen de gananciales, y el 1416, para el de participación, admiten la posibilidad de que el cónyuge afectado solicite judicialmente la extinción de la comunidad, esta consecuencia resolutoria carece de uno de los principales efectos de la resolución contractual, puesto que es irroactiva (arts. 1394 y 1415), por lo que no afectaría, en nuestro caso, a las adquisiciones ya efectuadas por la esposa.

Examinemos ahora las posibilidades de la vía de la pura hermenéutica contractual. Se trata, no de llegar a la resolución de los *espolits* por alteración sobrevvenida de las circunstancias, sino de examinar, mediante los instrumentos de interpretación e integración contractuales, si la voluntad de los esposos era producir la comunicación de mejoras y adquisiciones en la proporción señalada incluso aunque se hubiera roto la convivencia matrimonial. Acuden en esta vía numerosos argumentos, la mayoría de los cuáles la sentencia menciona.

En primer término, la Sala dirige sus esfuerzos a la interpretación literal (*ex art. 1281 del C.c.*) de la voluntad de los autores de las capitulaciones matrimoniales. Entiende que, al referirse los *espolits* a las adquisiciones "constante matrimonio", querían los esposos limitar su eficacia al tiempo de normal convivencia matrimonial. Es cierto que contra este argumento se puede opinar que no es normal en quienes en breve van a contraer matrimonio la previsión

de una hipotética separación y que la expresión "constante matrimonio" podría muy bien pretender la exclusión de las adquisiciones y mejoras producidas con anterioridad al mismo; literalmente, además, el matrimonio, a efectos civiles, "constaba" en la fecha de las adquisiciones que son objeto del pleito. Sin embargo, concurriendo, como se verá, otros argumentos, siempre resulta interesante encontrar algún apoyo en la expresión de los contratantes.

En segundo lugar, el art. 1286 del C.c. permite acudir, en caso de que una palabra pueda tener distintas acepciones, a una interpretación "finalista" basada en la "naturaleza y objeto del contrato". En esta línea, puede tenerse en cuenta que el significado sociológicamente típico de esta estipulación, reside, según CERDA GIMENO, cuya autorizada opinión es asumida por la Audiencia, en que "la mujer a cambio de los servicios prestados durante el matrimonio y aportados a la explotación agraria familiar, recibe la titularidad del derecho a una cuarta parte de los beneficios habidos durante el matrimonio", todo ello con un tinte "cuasisocietario". Por ello, carece de finalidad la continuación del régimen una vez que se ha roto la convivencia familiar. En la sentencia no se encuentra, pero seguramente sí en los autos, el material probatorio necesario para comprobar si el matrimonio litigante respondía o no a dicho esquema sociológico.

En tercer lugar, los contratos deben interpretarse conforme a la mayor reciprocidad de intereses (art. 1289 1º del C.c.). A la vista de la función económica típica, ya explicada, del acogimiento del otro cónyuge —generalmente, la mujer— en un cuarto de las mejoras y adquisiciones, sería una interpretación contraria a la reciprocidad la que permitiera al marido hacerse con las tres cuartas partes de las adquisiciones de la mujer, pese a que ésta no se ha aprovechado de los beneficios de la explotación rústica del marido. Podría añadirse, también, un argumento interpretativo basado en los actos de las partes posteriores al contrato (art. 1282 del C.c.). En este sentido, el abandono de la actividad agraria común, una vez producida la crisis matrimonial, y la organización de dos economías totalmente independientes ponen de manifiesto que, en la voluntad de los contratantes, el régimen establecido en la capitulaciones tenía como límite intrínseco el de la convivencia matrimonial.

Por último, como señala la sentencia, puede traerse a colación el criterio de la buena fe, recogido en el art. 1258 del C.c.. La extensión que el marido pretende para su derecho, en efecto, excede de lo que legítimamente puede esperar la mujer en atención a las circunstancias concurrentes al tiempo de otorgar las capitulaciones y a la posterior actitud del marido.

Para terminar, adoptando ya un tono meramente hipotético, podría haberse defendido también

la consideración de la estipulación controvertida como referida exclusivamente a las ganancias y adquisiciones del marido y no a las de la mujer. En contra cabe observar que, no haciéndose expresión de si el pacto se refiere a las adquisiciones de uno u otro de los esposos, tampoco se emplea un ambiguo impersonal pasivo "se adquieran" sino un explícito plural —atínente, por tanto, a los dos cónyuges—: "adquieran". Sin embargo, en favor de la mencionada interpretación concurre, en primer lugar, su coincidencia con el modelo sociológico ya apuntado. A esta interpretación sociológica podría, en segundo lugar, unirse otra basada en lo establecido para las capitulaciones matrimoniales en el polémico art. 1328 del C.c.: "Será nula cualquier estipulación (...) limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge". Si este caso respondiera al arquetipo sociológico definido por CERDA GIMENO, el acogimiento en exclusivo beneficio de la mujer supondría un justificado correctivo frente a las severas consecuencias que le acarrearía un régimen estricto de separación de bienes. En este sentido, este remedio contractual se habría adelantado en el tiempo a la atribución de relevancia jurídico-patrimonial, tal como establecen el art. 1438 del Código civil (redacción 1981) y el art. 4.1 del Proyecto de Ley sobre la Compilación de Derecho Civil de Baleares, al trabajo de uno de los cónyuges en el hogar y, en su caso, explotación familiar. Con el mencionado antecedente sociológico, el

establecimiento de una estipulación que atribuye al marido las tres cuartas partes de las mejoras y adquisiciones de uno y de otro cónyuges puede considerarse "limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge", por lo que, o bien, con base en el principio de conservación del negocio, se interpreta tal estipulación en sentido unidireccional —sólo lo adquirido por el marido—, o bien debe entenderse nula. Este último argumento, sin embargo, encuentra un importante obstáculo en el dato de que el art. 1328, en su redacción actual, sólo se remonta al año 1981. El principio de irretroactividad recogido en el art. 2.3 del Código Civil, la regla *tempus regit factum* derivada de la Disposición Transitoria 2ª del Código Civil y la necesidad de imponer una retroactividad de grado máximo para poder afectar a los derechos adquiridos en 1974 restan eficacia a este argumento interpretativo.

2. Me serviré de este comentario para exponer mis dudas sobre un punto no discutido por las partes, pero que podría haberse incorporado de oficio a esta sentencia. Se trata de la competencia del juez que decreta la separación o divorcio para resolver sobre las consecuencias liquidatorias de la disolución del régimen económico matrimonial.

El art. 154 de la L.E.C. prohíbe la acumulación de acciones si el juez que debe conocer de la acción principal —en este caso, la de separación o divorcio— es incom-

petente por razón de la materia litigiosa para conocer de la acumulada —la de declaración de derechos procedentes de la liquidación del régimen económico matrimonial— (nº2) o si ambas acciones deben ventilarse en juicios de distinta naturaleza (nº3).

En el primer aspecto —el de la competencia judicial—, se hace preciso determinar si los Juzgados de Familia son competentes para adoptar resoluciones sobre liquidación del régimen económico matrimonial. La competencia de los Juzgados de Familia, de acuerdo con el R.D. 1322/1981, se reduce a "las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del Libro I del Código civil". La cuestión, entonces, se centra en determinar si en el título IV del Libro I del Código civil se encuentra contenida una autorización al juez que entiende del pleito sobre separación o divorcio para resolver también sobre la liquidación del régimen económico matrimonial.

En la misma cuestión desemboca el examen del segundo posible obstáculo a la acumulación de acciones —distintos procedimientos—. En principio, tratándose de liquidación del régimen de gananciales, el procedimiento a seguir debe ser, en principio, el del juicio de testamentaría, por remisión del art. 1410 del C. c., y, en el caso de reclamación de otros derechos, procedentes de capitulaciones, que no comporten liquidación, el declarativo ordinario. Esta divergencia, que afectaría no sólo a los Juzgados de Familia, sino también a los

de Primera Instancia donde no existan aquéllos, sólo quedaría salvada si se encontrara en la preceptiva sobre separación y divorcio una habilitación específica para que el juez que entienda sobre ellos pueda resolver también sobre la liquidación del régimen económico.

Aparentemente podría encontrarse esta atribución competencial en el art. 91 del Código civil, según el cual, "en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges (...) determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con (...) liquidación del régimen económico".

Sin embargo, concurre un conjunto de argumentos hermenéuticos y valorativos que anima a sostener la postura contraria.

En primer lugar, se trata de un artículo introductorio que la doctrina no ha duda en tildar como de escasa utilidad (RIVERO HERNANDEZ, GARCIA CANTERO) y reiterativo (ROCA TRIAS). En efecto, se trata de un artículo de remisión, que autoriza la adopción de medidas "conforme a lo establecido en los artículos siguientes". Veamos, entonces, qué dicen los artículos siguientes sobre la liquidación del régimen económico matrimonial. El único artículo relacionado con el tema, el 95, sólo establece que, como efecto *ope legis*, la sentencia de separación o divorcio lleva aparejada la

disolución del régimen económico matrimonial. Es decir, que en lo sucesivo, las reglas sobre adquisiciones, responsabilidad, etc. correspondientes a dicho régimen dejan de ser operativas. Cuestión netamente diferente y ontológicamente posterior es la de la liquidación de la comunidad *sui generis* que constituyen marido y mujer, en el caso de la sociedad de gananciales, o la de la reclamación de los derechos que las capitulaciones matrimoniales reconozcan a uno de los cónyuges para el caso de disolución del matrimonio. Téngase en cuenta que la expresión "disolución" fue incorporada en el curso del proceso legislativo —concretamente en el Senado— en sustitución de la palabra "liquidación"; no es, pues, un término empleado casual e impropiaamente.

En segundo lugar, el art. 91 se refiere a "medidas" sobre la liquidación del régimen. Contrasta con la expresión utilizada en el art. 90 para el contenido del convenio regulador, que, según dicho precepto, debe referirse a ciertos "extremos", entre los que se encuentra la liquidación del régimen económico. Si es correcta la argumentación que aquí se expone, los Juzgados de Familia sólo estarían autorizados para conocer de las operaciones liquidatorias del régimen económico matrimonial en las separaciones "amistosas" y a los solos efectos de homologar o no lo acordado por los cónyuges (art 90 E) del C.c.). La expresión "medidas sobre la liquidación" del art. 91 más bien hace pensar en ciertas medidas cautela-

res y provisionales a adoptar mientras se procede, en procedimiento independiente, a la mencionada liquidación (en este sentido, RIVEROHERNANDEZ).

En tercer lugar, esta naturaleza meramente cautelar de las medidas sobre liquidación del régimen económico del matrimonio viene confirmada por la expresión que el propio art. 91 hace de que son sustitutivas de las provisionales adoptadas con anterioridad, lo que nos remite a los números 4º y 5º del art. 103, que contienen ciertas medidas cautelares que puede interesar mantener tras la sentencia de separación o divorcio, mientras se liquida el patrimonio familiar.

En cuarto lugar, siendo las cuestiones relativas a la liquidación del régimen económico matrimonial de gran complejidad técnica y, frecuentemente, de cierta envergadura económica, no parece conveniente que, por su resolución en un juicio matrimonial, quede vedada a las partes el acceso a la casación (Disposición Adicional 5ª j) de la ley 30/1981).

Por último, esa misma complejidad podría suponer un lastre, origen de posibles dilaciones, en la resolución del tema principal —la separación o divorcio y sus efectos personales y patrimoniales inmediatos—, contrariando así la voluntad del legislador, plasmada en la Disposición Adicional 5ª en su conjunto, de dotar a este procedimiento de notable celeridad.

Contra la liquidación del régimen económico matrimonial en el juicio matrimonial se ha pro-

nunciado la Audiencia Territorial de Valencia (Sala 2ª) en sentencia de 18 de septiembre de 1987 (La Ley 1987, 4, p. 538); a favor, la propia Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, en sentencia de 12 de julio de 1988 (R.G.D., 1989, p. 690), y la de Valladolid, en sentencia de 27 de diciembre de 1984 (R.G.D., 1985, p. 3597)

Santiago Cavanillas Múgica

ISIDORO MARTIN MARTINEZ, *Sobre la Iglesia y el Estado*, Publicaciones de la Fundación Universitaria Española, Madrid, 1989, XXXII-1040 pp.

Según dice el propio autor en la Presentación, este volumen ha reunido la mayoría de sus publicaciones, de carácter histórico-jurídico sobre las relaciones Iglesia y Estado, particularmente remarcando las de origen pacticio concordatario. En su día, en un largo y señero "iter" de más de cuarenta y cinco años, se fueron forjando numerosos estudios integrados en obras de colaboración científica, o aparecidos en revistas especializadas, o en otros medios de más amplia difusión, de ámbito nacional y extranjero. Otras veces estuvieron pensados para ciclos de conferencias, congresos, semanas, etc. En todos se refleja la gran labor docente e investigadora del Prof. Isidoro Martín, de tanto prestigio en el mundo de los Canonistas.

Los títulos generales que encabezan cada una de las partes que componen el libro son harto elocuentes para que el lector se haga una idea global: Trabajos sobre la Edad Antigua, La Edad Media y el Renacimiento, sobre el siglo XVIII, la Iglesia y el Estado en los siglos XIX y XX, la Iglesia y el Estado español desde la II República, el Concordato español de 1953 y su sustitución, confesionalidad del Estado y libertad religiosa, repercusión del Vaticano II en las relaciones Iglesia y Estado, el supuesto nacional-catolicismo español.

Como hombre inquieto y fino intelectual, siempre al hilo del de-

venir eclesial y preocupado por sus aspectos socio-jurídico-políticos en nuestro país y fuera de nuestras fronteras, este profesor universitario ha tenido el acierto de ofrecernos ahora, en su madurez, formando un conjunto sólido y armónico, su vasto saber en la materia. Sus páginas no son una mera colección de temas yuxtapuestos, sino que tienen la suficiente vertebración y articulación que le ha proporcionado el acontecer histórico, a cuyo impulso nacieron; la constante, diríamos que visceral, soterrada y hasta connatural que se ha seguido de la tensión entre el poder temporal y espiritual desde los años que inauguraron el siglo XIV; así como el tratamiento unitario que le ha imprimido quien las escribió.

Desde luego, lo que percibe el lector, ya de entrada, es la seguridad de ir acompañado por un buen guía y experto Maestro, cabalmente en una disciplina, como la de las relaciones Iglesia-Estado, donde se hace preciso proceder con profundo conocimiento de causa, sin apasionamiento, con realismo, con serenidad.

Ojalá que en sus respectivas especialidades otros profesores imitaran al Dr. Martín Martínez y nos ofrecieran, a su hora, reunidos y ordenados, los resultados de su investigación de lustros, con el esfuerzo que, por añadidura, ha hecho por poner al día las cuestiones

que evolucionaron. Unos índices onomásticos y de documentos, amén de otro general que va al principio, facilitan enormemente el manejo de esta obra que consideramos básica.

La Fundación que la patrocina se merece, junto con el escritor, nuestros más cálidos elogios.

Antonio Perez Ramos

Comentarios a la Legislación Penal. Tomo X: "La reforma de los delitos contra la Defensa Nacional". Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas. 1989.

Acaba de aparecer, en este año de 1989, el tomo X de los Comentarios a la Legislación Penal que dirige el Prf. Cobo del Rosal y coordina el también Catedrático prof. Bajo Fernández. El volumen, bajo el título de "La reforma de los delitos contra la Defensa Nacional", constituye un comentario a la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, y contiene, consecuentemente:

1. Comentarios a las modificaciones que dicha Ley introduce en el Código Penal (arts. 122 bis, 135 bis a), b), c), d), e), f) y g), 214. 215 párrafo segundo, 217 bis, 221 párrafo primero, 226 y 235 bis); y

2. Comentario al artículo 2 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, sobre objeción de conciencia, en la redacción que le da la citada L.O. 14/85.

Esta Ley es contemporánea, y necesario complemento, del nuevo Código penal militar aprobado por L.O. 13/1985, de 9 de diciembre. Mal puede comprenderse la una sin una referencia al otro y aun a sus precedentes. El Derecho penal militar ha sufrido, efectivamente, a lo largo de su no corta historia, sucesivos movimientos de vaivén; pero puede afirmarse que, en general, se ha producido un fenómeno de constante pérdida de contenido en un intento por llegar a ser lo que realmente expresa su nombre: un Derecho penal especial

de exclusiva aplicación a las Fuerzas Armadas y de exclusiva aplicación, precisamente, a las relaciones de esencia puramente castrense de entre las muchas que se pueden producir y de hecho se producen "intra" ejércitos.

El fenómeno se ha traducido, últimamente, en un Código penal militar cuyo contenido, tras una poda radical de lo que aparecía en el anterior Código de Justicia Militar, queda referido sólo a unas — muy pocas — conductas exclusiva o preferentemente reprochables en el seno del ejército, en cuanto afectan al mantenimiento de la disciplina en una comunidad fuertemente jerarquizada. El legislador ha seguido dos procedimientos: bien la pura y simple despenalización de algunas —cual ha ocurrido, por ejemplo, con las relaciones homosexuales o con ciertos quebrantamientos de consigna—, bien mediante el trasvase de tipos al Código penal ordinario con las necesarias adaptaciones. Este segundo procedimiento se ha llevado a efecto mediante la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, conocida con el nombre de "Ley Puente", a la que está dedicado el libro a que se refiere esta reseña.

Fácil es comprender la imposibilidad de que, en esta muy breve meditación, intente yo un resumen, por sumario que fuere, de un

volumen que tiene 686 páginas densas de ideas y sugerencias de toda especie. Menos todavía que proponga al lector una crítica detenida de cada uno de los comentarios que, debidos a siete distintas personalidades, responden también a siete modos de crear, siete modos de argumentar, siete modos de decir. Todo ello, con la consecuencia inevitable de que cada lector — como le pasa a quien esto escribe — pueda llegar, en unos casos, a la plena aceptación de conclusiones, en otras a la menos plena y en alguna, a la duda sobre su aceptación o incluso al rechazo.

El primer problema que se han planteado los más de los autores ha sido el de la anterior dualidad legislativa — tipificación simultánea en el Código penal y en el derogado Código de Justicia Militar —, que conduce sin remedio a la cuestión de la naturaleza penal — militar o penal — común del tipo comentado. En otras palabras, aparece, como una fatal consecuencia de la Ley Puente, la necesidad de responder a una pregunta espontánea: ¿por qué ahora solamente comunes? o, si se prefiere, ¿por qué no solamente militares? Una pregunta que exige una respuesta nada fácil, especialmente cuando se refiere a ciertos tipos delictivos apenas concebibles fuera de las Fuerzas Armadas, al margen de éstas o sin su concurso. Naturalmente, los autores de estos comentarios han tomado posturas distintas: aceptación de la reforma "cum laude"; pura y simple aceptación; aceptación con reparos; y, en algún caso, claro rechazo de lo que

se considera una equivocada decisión política que ha conducido a considerar común lo que debía haber sido tratado como claramente militar. Sus opiniones pueden ser o no compartidas, pero el crítico — que quiere dejar en libertad a cada lector, como libres han sido los comentaristas — viene obligado a poner de manifiesto que, cada vez que los autores han sentido la necesidad de abordar el tema, lo han hecho con una tal profundidad — tanto en estudio de antecedentes como en razonamientos lógicos — que resulta difícil el disentimiento.

El asunto, por otra parte, ha conducido también a que, al menos dos de los autores — Rodríguez-Villasante y Calderón — se hayan extendido en consideraciones especialmente interesantes en torno al eterno y discutido problema de alcance de la competencia de la Jurisdicción Militar, tema al que no han sido ajenos tampoco, aunque con mayor brevedad, algunos otros. Ciertamente, parece que la razón básica del trasvase producido por la L.O. 14/85 en alguno o algunos de los tipos en ella contenidos, obedece más el deseo de sustraer determinadas conductas al conocimiento de la Jurisprudencia Militar, que a la propia sustancia común de tales conductas. Claro es que, como observa Calderón Susín, el artículo 117.5 de la Constitución permite muy distintas decisiones en la materia. Uno es propenso a pensar que permite "casi" todo, pero quedándoles siempre la preocupación de que el recorte final haya sido excesivo.

Algo aparece claro, tras la detenida lectura de estos Comentarios: que la L.O. 14/85 no puede presentarse como un modelo de técnica legislativa y que parece, en cierta medida, como un producto de improvisación. Una situación incomprensible si se tiene en cuenta que el Código penal militar, aprobado por L.O. 13/1985, de 9 de diciembre, se venía preparando desde que, a comienzos de 1981, había comenzado sus trabajos la Comisión creada al efecto. Pero, como no hay mal que por bien no venga, las imperfecciones —y, en ocasiones, hasta incoherencias— que derivan de la defectuosa técnica legislativa, han obligado a los autores a una profundización crítica en cada uno de los tipos definidos, lo que, en definitiva, redundará en beneficio del lector. Será difícil encontrar mayor cantidad de material de estudio que el que en este libro aportan sus autores. Y con ello queda dicha la apreciable utilidad de los Comentarios.

Ciertamente, la obra, como toda obra colectiva, incluye estudios de distinto valor y, sobre todo, de muy distinta extensión. Junto a comentarios que derrochan antecedentes, tanto históricos como de derecho comparado, aparecen otros excesivamente limitados a la exposición sistematizada del tipo examinado. No puede decirse que ello constituya grave defecto: la utilidad de unos y otros está fuera de toda duda. Sería, sin embargo, pecado de omisión por mi parte no señalarlo. El hecho no es sino consecuencia del principio de libertad

de exposición, del que no puede apartarse una obra de esta índole.

La coordinación de este volumen se debe a Eduardo Calderón Susín, Tte. Coronel Auditor y Profesor Asociado de Derecho Penal en la Universidad de las Islas Baleares. Su agudeza en cuantos temas toca —y me refiero a múltiples publicaciones anteriores— se manifiesta también en sus, en ocasiones duros, comentarios sobre los artículos 226 y 235 bis; pero su ocasional dureza no deja de ser un deleite —casi un pecaminoso deleite— para quienes sentimos especial inquietud por estos asuntos que, referidos a la Defensa Nacional, repercuten inevitablemente en una Justicia Militar que quisiéramos siempre en trance de perfección. Su minucioso y crítico análisis del artículo 226, mal remedo de su antecedente castrense; su excursión sobre el anómalo artículo 225; sus consideraciones sobre lo "estrictamente castrense", que constituyen un pequeño pero sabio estudio del artículo 117.5 de la Constitución... forman, todos ellos, lectura de difícil olvido.

El volumen lo abre el comentario sobre el delito de traición mediante espionaje, definido en el artículo 122 bis, que corre a cargo de Francisco Blay Villasante, General Auditor y Fiscal del Tribunal Militar Central. Lo comenta con la precisión que deriva de sus profundos conocimientos penales que proceden, no solo de una ya larga vida profesional, sino de una decidida vocación por los temas jurídico pe-

nales. No se limita, en su trabajo a una exégesis del precepto legal, sino que se extiende a otras consideraciones sobre la problemática jurídica del espionaje en general, sin omitir sus aspectos internacionales. Si algo habría que oponer sería su concisión en lo general para concentrarse ampliamente en lo concreto del tipo. Libérrima, y hasta razonable, decisión de autor que priva, sin embargo, al lector de una satisfacción suplementaria: leer por más tiempo al comentarista.

Comenta José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Coronel Auditor, los artículos 135 bis a), b), c) y d) bajo la rúbrica general de "Protección penal de la información relativa a la Defensa Nacional". Comienza su exposición con unas muy profundas consideraciones generales en torno a la necesidad de un más científico tratamiento de los llamados por nuestro Código "delitos contra la seguridad exterior del Estado". Tras ese estudio introductorio, expone un extenso resumen de Derecho comparado, una visión histórica del asunto y, finalmente, no sin cierto detalle, la propia historia de la elaboración de los nuevos preceptos que comenta. No es posible detenerme aquí en lo que podríamos llamar el comentario propiamente dicho -tipo básico, agravaciones específicas, tipos inicianarios y forma culposa- pues exigiría un espacio impropio de una nota de las características de la que escribo. Sí es necesario decir que el tratamiento dado por Rodríguez-Villasante a su parte es el

más extenso y, consecuentemente, el más completo de cuantos constituyen el volumen.

Juan Gómez Calero, Coronel Auditor y Profesor Titular de Universidad, comenta, en tres precisos capítulos, los "atentados contra los medios o recursos de la Defensa Nacional" (artículos 135 bis e), f) y g). Su aportación puede considerarse como una afortunada continuación del estudio que, sobre el mismo tema, y en relación con los artículos 57 a 62 del Código penal militar, escribió el autor para los Comentarios que, bajo dirección de Bleuca y Rodríguez-Villasante, publicó la Editorial Civitas. Se trata, sin duda, de dos trabajos complementarios, como complementarios resultan, a mi juicio, aún sin proponérselo, el volumen del que hoy me ocupo y los Comentarios al Código penal militar a que acabo de referirme.

Eduardo Montull Lavilla, General Auditor y Fiscal de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se refiere al delito de rebelión, dura lid, llena de dificultades, en la que, pese a ello, sale triunfante. Su introducción histórica y su referencia al Derecho comparado le sirven, no solo como soporte científico del posterior comentario de los tipos incluidos en los preceptos analizados (artículos 214, 215 párrafo 2º y 217 bis), sino también para razonar, hasta los últimos límites, sobre la sustracción de este delito a la Jurisdicción Militar y para resolver, por tanto, el problema de la anterior dualidad con una racional aceptación del actual cri-

terio legislativo. Su configuración del delito de rebelión como un típico delito político —quizá el más típico—, sin ignorar que quienes más fácilmente pueden cometerlo son los militares, le lleva a conclusiones científico-jurídicas de trascendentales consecuencias prácticas. Pero es su capacidad de matizar en el análisis la característica que más quisiera yo destacar, pues le permite conclusiones definitivas en torno a la delimitación del delito de rebelión en sus tipos penales comunes y en los que, para tiempo de guerra, prevé el Código penal militar.

El comentario a las modificaciones del Código penal se completa con el que Juan Felipe Higuera Guimerá, Comandante Auditor y Profesor Titular de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza, dedica a la sedición militar y, en concreto, al artículo 221, párrafo primero. Sin timidez se muestra contrario a la decisión de su inclusión en el Código penal, por considerarla decisión política con nula consideración de todo criterio técnico-jurídico. Las virtudes del comentarista son bien conocidas en los ambientes en que mueve y se reflejan en un estudio al que solo un pero cabría oponer: su brevedad. Sus acertadas consideraciones, sinceramente, saben a poco.

La llamada Ley Puente es algo más que un puente entre el Código penal militar y el ordinario. Probablemente tiene vocación de puente hacia un futuro, y esperamos que próximo, nuevo Código penal. Lo cierto es que ha tenido

que modificar también el artículo 2º de la Ley Orgánica 8/84 a fin de establecer, respecto a la prestación social sustitutoria, un régimen penal militar, en cuanto a la penalidad, al que el nuevo Código penal militar establece para el servicio militar. Antonio Millán Garrido, Cte. Auditor y Profesor de la Universidad de Cádiz, dedica el último capítulo de estos comentarios al tema. La objeción de conciencia no es asunto nuevo para él: tempranamente comentó ya el proyecto de Ley sometido al órgano legislativo y, posteriormente, ha publicado nuevos estudios sobre la materia. Recientemente, en el Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal militar celebrado en Edimburgo en 1988, aportó una bien documentada comunicación sobre la solución dada al problema de la objeción de conciencia en nuestro país. A sus trabajos originales, hay que añadir no pocas traducciones de normas extranjeras con sus correspondientes apostillas. Bien puede afirmarse, pues, que estamos ante un especialista. Su contribución a este volumen, además de enriquecerlo, implica un nuevo estudio, esa vez limitado al importante aspecto penal de la cuestión, que viene a completar, con la anterior obra del autor, lo que me atrevo a pensar que constituye, en conjunto, uno de los mejores estudios jurídicos de la objeción de conciencia.

No creo faltar, en fin, a la objetividad, si afirmo que, en su totalidad, la lectura de estos "Comentarios a los delitos contra la Defensa Nacional" no es solo una

útil labor de estudio, sino también un cierto recreo intelectual. Los autores han sabido dar, en general, a materias que pueden resultar abstrusas y aun tediosas, un ágil tratamiento que las transforma, incluso para el más exigente lector, en luminosas y hasta atractivas. Es de agradecer.

*Javier Sánchez del Río y
Sierra*



Universitat de les Illes Balears