

3

COLECCION
GREGORIO PECES-BARBA

**PERSPECTIVAS ACTUALES
EN LA
APLICACIÓN DEL DERECHO**

María del Carmen Barranco Avilés

Òscar Celador Angón

Félix Vacas Fernández

(Coordinadores)

Dykinson, S.L.



Departamento de Derecho Internacional,
Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Colección Gregorio Peces-Barba, n.º 3

PERSPECTIVAS ACTUALES
EN LA APLICACIÓN DEL
DERECHO

Colección Gregorio Peces-Barba, n.º 3

PERSPECTIVAS ACTUALES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Coordinadores

María del Carmen Barranco Avilés

Óscar Celador Angón

Félix Vacas Fernández



DPTO. DE DERECHO INTERNACIONAL
ECLESIASTICO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Dykinson, S. L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o tramitarse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2014

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

Consejo editorial: véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-9031-942-0

Maquetación:

BALAGUER VALDIVIA, S.L. - german.balaguer@gmail.com

ÍNDICE

PERSPECTIVAS ACTUALES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO (Resultado del III Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho)

PRESENTACIÓN , Óscar Celador Angón, Director del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho.....	9
INMEMORIAM , <i>Sobre Gregorio Peces-Barba</i> , Rafael de Asís Roig, anterior Director del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiás- tico y Filosofía del Derecho	11

PRIMERA PARTE: PONENCIAS DE EXPERTOS

1. La aplicación del Derecho por los tribunales de justicia	23
PIGRAU SOLÉ, Antoni, <i>La represión de los crímenes más graves de tras- cendencia internacional</i>	25
RUIZ RUIZ, Ramón, <i>El juez y la aplicación del Derecho</i>	51
TEJÓN SÁNCHEZ, Raquel, <i>La aplicación del Derecho Canónico en España: la eficacia civil de las decisiones eclesiolísticas de nulidad y disolución matrimonial</i>	71
2. La eficacia en derecho interno de normas provenientes de otros or- denamientos jurídicos	89
BELVISI, Francesco, <i>Pluralismo, monismo y problemas de aplicación del Derecho</i>	91

RIPOLL CARULLA, Santiago, <i>Globalización y justicia (Cinco supuestos de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Público y de Derecho europeo por los tribunales españoles)</i>	109
GARCÍA-PARDO, DAVID, <i>la Eficacia civil del Derecho de las confesiones con acuerdo en España</i>	149
3. El Derecho de Europa: cuestiones de aplicación	169
MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, <i>Eficacia en el ordenamiento jurídico español de las decisiones del TEDH en el ámbito de las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión</i>	171
MILLÁN MORO, Lucía, <i>La aplicación del Derecho de la Unión Europea</i>	201
ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, <i>Derechos fundamentales y “tradiciones constitucionales comunes” en la aplicación del Derecho europeo</i>	241

SEGUNDA PARTE: COMUNICACIONES

CANCHARI CANCHARI, Rocío Yudith, <i>La responsabilidad de proteger como nuevo mecanismo de aplicación coercitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos</i>	263
MANRÍQUEZ ROQUE, Mercedes, <i>Pluralismo jurídico y derecho de las mujeres indígenas: El caso de las mujeres Awajún de Perú</i>	281
PÉREZ ESPINOSA, Rodrigo, <i>El juez y la aplicación del derecho en el pensamiento de Owen Fiss, ¿interpretación objetiva? Entre el Movimiento de Estudios Jurídico-Críticos y el Análisis Económico del Derecho</i>	307
ZAPATERO MIGUEL, Pablo, <i>Antitrust Law and Policy on A2k Compulsory Licensing: Early First Experiences of Judicial Activism</i>	317

PRESENTACIÓN

El presente volumen recoge las intervenciones del Tercer Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, celebrado a lo largo del curso académico 2011-12.

Las “Perspectivas actuales en la aplicación del Derecho” fue la temática elegida como objeto del seminario, al tratarse de un problemática de gran actualidad y expresión de los problemas que existen en la sociedad del siglo XXI. Con este objetivo, se organizaron tres jornadas científicas diferentes sobre tres asuntos clave para conocer adecuadamente cuáles son las perspectivas y problemas actuales con los que se encuentra el jurista a la hora de aplicar o interpretar el Derecho durante los meses de octubre y noviembre del 2012. En primer lugar, en la sesión dedicada a la aplicación del Derecho por los tribunales de justicia, se analizó la represión de los crímenes más graves de trascendencia internacional, la eficacia civil de las decisiones de los tribunales canónicos y el papel del juez en la aplicación del Derecho. La segunda sesión de las jornadas se dedicó al análisis de la eficacia que tienen en nuestro ordenamiento jurídico las normas provenientes de otros ordenamientos jurídicos, lo que permitió estudiar adecuadamente la problemática inherente a la aplicación de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, la eficacia civil de los derechos confesionales de las organizaciones religiosas minoritarias, y los problemas de aplicación del Derecho desde la perspectiva de los principios de pluralismo y monismo. Y por último, la sesión dedicada a las cuestiones de aplicación del derecho europeo sirvió para analizar cuáles es la eficacia tanto del Derecho de la Unión Europea como de las decisiones del TEDH en el terreno de la libertad de pensamiento en nuestro ordenamiento jurídico, y cuáles son las futuras tendencias en la aplicación del Derecho en el marco del constitucionalismo europeo.

De esta manera, con el título genérico de “Perspectivas actuales en la aplicación del Derecho”, el III volumen de la colección Gregorio Peces-Barba presenta un estudio de carácter interdisciplinar sobre problemas de elevada

trascendencia y actualidad jurídica. En este sentido me gustaría señalar que, pese a la dificultad que *a priori* podría representar el estudio sistemático de una serie de problemas jurídicos por parte de profesores de diferentes especialidades jurídicas, a la vista de los resultados los organizadores de este seminario han sabido convertir la necesidad en virtud. En concreto, los organizadores del seminario han conseguido: por una parte, atraer a profesores de diferentes universidades y nacionalidades para que participen activamente en las diferentes sesiones del seminario; por otra, que jóvenes investigadores de diferentes especialidades jurídicas jueguen un papel relevante en el seminario, pues han presentado interesantes comunicaciones, tanto por su cantidad como por su calidad; y por último, gracias precisamente a la interdisciplinariedad que caracteriza a este seminario se han podido presentar soluciones novedosas y completas a problemas jurídicos complejos.

No quiero terminar la presentación de los resultados del seminario, sin antes manifestar mi agradecimiento tanto a los ponentes por la calidad de sus conferencias, como a las demás personas que participaron en el seminario, principalmente profesores y alumnos de doctorado, ya que enriquecieron el diálogo académico con sus comunicaciones y aportaciones escritas y orales.

Por último, me gustaría agradecer a Rafael de Asís, Director del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, durante los meses en los que se celebró el seminario que ahora se publica, su decidida apuesta por este proyecto académico, pues suya fue la idea de crear un seminario permanente de carácter interdisciplinar y, sin lugar a dudas, este proyecto ha podido consolidarse gracias a su desinteresado apoyo personal, académico y profesional. También me gustaría destacar el trabajo realizado por los miembros del comité científico, y especialmente por parte de los profesores M^a del Carmen Barranco y Félix Vacas, y M^a Victoria Cortés, responsable de la secretaría administrativa del Departamento, pues sin su eficaz trabajo no hubiera sido posible la celebración de este seminario. A ellos dirijo mi más profundo agradecimiento.

Oscar Celador Angón
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Director del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía
del Derecho
Marzo, 2013.

SOBRE GREGORIO PECES-BARBA

Rafael De Asís Roig

Catedrático de Filosofía del Derecho y anterior Director del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid

A media mañana del 24 de julio de 2012, justo cuando un grupo de profesores de la Universidad Carlos III de Madrid nos disponíamos salir hacia Oviedo para ver a nuestro maestro Gregorio Peces-Barba, recibimos la noticia de su fallecimiento. Fue un auténtico mazazo. Aunque el profesor Peces-Barba llevaba algo más de un año entrando y saliendo de los hospitales, y aunque en los últimos meses su salud había empeorado sensiblemente, no esperábamos un desenlace tan rápido y repentino. Desde ese día, todos los integrantes del grupo de trabajo universitario que el profesor Peces-Barba encabezaba, notamos un vacío que hoy, después de más de medio año, no ha disminuido sino que, de alguna manera, va aumentando día tras día, confirmándose así lo que recientemente apuntaba Maria Eugenia Rodríguez Palop en *Droit et Société* (“será en la Universidad donde, sin ninguna duda, su ausencia acabe por resultar tan rotunda, como lo fue su presencia”).

Todo aquel que haya conocido a Gregorio Peces-Barba sabrá por qué ese vacío por su ausencia aumenta. El profesor Peces-Barba vivía con intensidad el trabajo universitario y la vida política. Y esa intensidad la proyectaba en las personas cercanas que, de alguna manera, se contagiaban de ella. Además, y esta era una característica muy significativa de nuestro maestro, siempre estaba atento a los problemas personales, manteniendo una visión sencillamente humana del trabajo. Todos aquellos que hemos compartido el día a día universitario con Gregorio Peces-Barba, lo hemos tenido cerca no sólo como director y como jefe, sino como un verdadero amigo, capaz de ayudarnos y de aconsejarnos en cualquier parcela de nuestra vida.

Gregorio Peces-Barba nació en Madrid en 1938. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y en Derecho comparado por la Universidad de Estrasburgo, obtuvo su doctorado con una tesis sobre el

pensamiento social y político de Jacques Maritain, dirigida por Joaquín Ruiz Giménez y defendida el 29 de abril de 1970.

Resulta difícil definir una persona y una vida como la de Gregorio Peces-Barba con pocos adjetivos. Muchos se han referido a él como ejemplo de un político intelectual o de un intelectual político, poniendo el acento en uno de los dos ámbitos. Y seguramente esta sea una de las maneras mejores de describirle, porque como ha señalado Elías Díaz, fue un teórico que aplicó a la política práctica y en momentos decisivos las señas de identidad de su pensamiento (“La Filosofía política de Gregorio Peces-Barba”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, Dykinson, Madrid 2008). Supo diferenciar y combinar estas dos parcelas sabiamente y de manera crítica: “la obra teórica de Gregorio Peces-Barba y su acción política son un nítido ejemplo de saber distinguirlos y hacer compatibles el pragmatismo y la utopía” (Guerra, Alfonso, “Un intelectual en la política”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit.). De ahí que Eusebio Fernández se haya referido a él como “el intelectual con vocación política, que vive dramáticamente la tensión entre las exigencias del pensamiento y la conciencia moral y la de la política y que considera a la Universidad como su hábitat natural” (“Gregorio Peces-Barba. Apuntes biográficos”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit.).

No obstante, utilizaré aquí otros dos términos para presentar a Gregorio Peces-Barba: “compromiso” y “dedicación”. Gregorio Peces-Barba fue una persona comprometida con el socialismo contemporáneo, con la democracia y con los derechos humanos. Y además, fue un trabajador incansable, cuya vida estuvo marcada por la realización de grandes obras (no sólo científicas).

Su trayectoria política es un buen ejemplo de ello. Esta trayectoria comenzó en Izquierda Democrática, grupo fundado por Joaquín Ruiz Jiménez, con quien había participado en la edición de Cuadernos para el Diálogo, en 1963. Posteriormente, en 1972, se afilió al Partido Socialista Obrero Español, aún en la clandestinidad. Con la llegada de la democracia en España, fue diputado en las tres primeras legislaturas, entre 1977 y 1986. Fue uno de los siete miembros de la ponencia que redactó el anteproyecto de la Constitución de 1978. Entre los años 1982 y 1986 presidió el Congreso de los Diputados, y entre los años 2004 y 2006 fue Alto Comisionado para el Apoyo a las Víctimas del

Terrorismo. Durante todos estos años, Gregorio Peces-Barba se mantuvo fiel a un pensamiento socialista defensor de la democracia y los derechos humanos.

Y lo mismo cabe decir de su trayectoria como abogado, que tuvo sus momentos culminantes a finales de los años 60 y durante los años 70. En esos años participó en numerosos procesos que tenían como cuestión de fondo la defensa de las libertades, entre los que destacan los desarrollados ante el Tribunal de Orden Público. Su actividad política provocó la suspensión como abogado y su confinamiento, durante varios meses, en el pueblo de Santa María del Campo en 1969.

Como no podría ser de otra forma, ese compromiso con las ideas y esa dedicación al trabajo, estuvo también presente en su labor universitaria, donde la Gregorio Peces-Barba destacó como profesor, como investigador y como gestor.

Gregorio Peces-Barba fue siempre un profesor cercano y respetuoso con sus alumnos. Su gran formación hacía que sus clases no consistieran en un desarrollo lineal de un problema presente en un epígrafe del programa de turno, sino más bien en una disertación sobre un problema consistente en un ir y venir de ideas confrontadas con ejemplos prácticos. Le gustaba el diálogo y el coloquio, cosa que provocaba siempre que podía. Y le interesaba la formación complementaria del alumno fomentando la reflexión crítica y la apertura de miras.

La investigación de Gregorio Peces-Barba se movió siempre en el ámbito de la Filosofía jurídica y política, de la Historia de las Ideas y de los Derechos Humanos. Más adelante me referiré a ella. Sin embargo, me interesa subrayar aquí como, de nuevo, su gran formación y compromiso intelectual, permitían que sus investigaciones fueran a la vez que rigurosas y eruditas, críticas y propositivas. El profesor Peces-Barba destacó como formador de investigadores (dirigiendo un número importante de tesis doctorales) y como director de equipos. Estuvo al frente de proyectos de investigación de gran envergadura entre los cuales hay dos que destacan por su trascendencia y singularidad. Por un lado, la *Historia de los derechos fundamentales*, que se inició hace ya más de 20 años, que cuenta con nueve volúmenes publicados y que culminará en 2013 con la publicación de 15 volúmenes dedicados al siglo XX. Por otro, el proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos", que reúne a 12 grupos de investigación y que supuso la primera entrada en este programa de un equipo con perfil jurídico.

Pero también es de destacar la creación de un grupo de investigación, su escuela, reconocido nacional e internacionalmente. La escuela creada por Gregorio Peces-Barba, de la que se gloriaba Norberto Bobbio en su discurso de aceptación del Doctorado Honoris Causa en la Universidad Carlos III de Madrid, se caracteriza no “sólo por el número abundante de discípulos que tiene, sino también porque ha sabido poner sobre la mesa toda una serie de preguntas y ha animado a un buen número de profesores a buscar sus propias respuestas” (Virgilio Zapatero, “Las huellas de Gregorio Peces-Barba”, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit.).

Y qué decir de su papel como gestor universitario que puede resumirse, desde un punto de vista macro, en su trabajo como fundador y Rector de la Universidad Carlos III de Madrid desde el año 1989 hasta 2007, y desde un punto de vista micro, en la creación del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III (y antes, del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid).

Su labor como Rector de la Universidad Carlos III de Madrid, ha sido singular. Fue un Rector capaz de ocuparse, al mismo tiempo, del crecimiento de un arbusto del campus y de las líneas maestras de la política científica. Como ha señalado Javier Ansuátegui, “en la Universidad Carlos III de Madrid, desarrolló un modelo que siempre tuvo como referencia a la Institución Libre de Enseñanza y un profundo convencimiento de la función social que debe desarrollar la universidad, al servicio del conocimiento y del progreso, en una sociedad plural y democrática” (“Gregorio Peces-Barba, In memoriam”, *Ratio Juris*, pendiente de publicar).

Por otro lado, consiguió que el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas comenzara a andar y gracias a una habilidad fuera de lo normal (que demostró durante toda su vida), consiguió los fondos necesarios para que, con la ayuda de un equipo de profesores y personal administrativo, este se convirtiera en una institución de referencia en la formación, docencia e investigación en derechos humanos.

Pero ante todo Gregorio Peces-Barba fue un Filósofo del Derecho (también en este ámbito desarrolló tareas de gestión presidiendo la Sociedad Española de Filosofía jurídica y política durante varios años). Su carácter y los rasgos de su personalidad que antes he subrayado empaparon su comprensión de la

Filosofía del Derecho y en ese sentido, defendió una visión no excluyente de la misma, apartada de aquellas posiciones que la alejan de la realidad.

En su obra, *La España Civil*, al referirse a los pensadores que más le marcaron, señalaba: "Entre los maestros vivos que conocí, frecuenté y de quienes tanto aprendí y sigo aprendiendo cabe citar, en primer lugar, a Joaquín Ruiz-Giménez, Elías Díaz, Felipe González Vicén y Norberto Bobbio; y entre los maestros muertos, principalmente Hans Kelsen, Jacques Maritain o Fernando de los Ríos, en nuestro ámbito y en uno más amplio, Vives, Montesquieu, Erasmo, el humanista Giordano Bruno, Locke, ilustrados como Voltaire, Rousseau o Condorcet; y, en los dos siglos anteriores, gente como Stuart Mill, Louis Blanc, Bernstein o Roselli... Asimismo, los matices de mi pensamiento se han enriquecido con la novela, la poesía y la música, y si me viera en la obligación de elegir, destacaría a Pérez Galdós, Pío Baroja y Antonio Machado, y entre los músicos, a Mozart y a Beethoven, si bien el abanico de mi interés en esos campos es mucho más amplio".

No es posible enumerar los artículos, capítulos de libro y libros de Gregorio Peces-Barba. Su obra se ha proyectado de manera principal sobre la teoría del Derecho, la teoría de la Justicia, los derechos humanos, la historia de las ideas políticas y la filosofía política. Un listado bastante completo y reciente puede encontrarse en el libro de Reynaldo Bustamante Alarcón, *Entre la moral, la política y el Derecho: el pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba* (Dykinson, Madrid 2010), primera tesis doctoral sobre el profesor Peces-Barba y en donde pueden encontrarse los rasgos más importantes de su pensamiento iusfilosófico.

Aún a riesgo de simplificar enormemente su pensamiento, creo que es posible subrayar las siguientes dimensiones diferenciando entre su metodología, su filosofía política, su teoría de la justicia y su teoría del Derecho. Se trata de una diferenciación ciertamente artificial dada la estrecha conexión que en el pensamiento de Peces-Barba poseen estas dimensiones.

Así, desde un punto de vista metodológico, el pensamiento de Peces-Barba se caracteriza por la defensa de dos postulados: la relación entre razón e historia y la relación entre ética, poder y derecho.

La relación entre razón e historia se entiende desde la importancia que para Peces-Barba posee la modernidad y la ilustración (Moyano, E., "El Derecho como concepto histórico en la obra de Gregorio Peces-Barba", en *Estudios en*

homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, vol. I, cit.). En este sentido defiende una concepción de la razón como instrumento de conocimiento y como herramienta de justificación. Ahora bien, la razón es siempre una razón situada en la historia, con lo que el estudio de la historia se convierte así en fundamental para la comprensión de la realidad y para la fundamentación de las instituciones.

Por su parte, la relación entre Ética, Poder y Derecho es también un presupuesto del pensamiento de Peces-Barba y que sirve para entender el papel de muchas instituciones jurídicas y políticas y de manera general su comprensión del fenómeno jurídico y de los derechos humanos.

La filosofía política de Gregorio Peces-Barba es expresión de un socialismo liberal (en palabras del propio Peces-Barba en *La España Civil*, Galaxia Gutenberg, Madrid 2006), abierto a dimensiones republicanas. Este pensamiento político centrado en los valores de la Modernidad y de la Ilustración, se traduce en la defensa de los derechos humanos como los referentes de la justicia del Derecho y de la legitimidad del Poder. El republicanismo de Gregorio Peces-Barba se articuló sobre tres pilares que han sido destacados por María del Carmen Barranco: "Por un lado, una antropología optimista, que le lleva a considerar la solidaridad como un atributo del ser humano del que es posible extraer implicaciones políticas. Por otro lado, la idea de que la libertad solo es posible a través del Derecho, que se plasma en su reivindicación de la 'libertad social, política y jurídica' como el instrumento que permite la plena realización de hombres y mujeres. Por último, su defensa del Estado de Derecho como 'República bien ordenada' en la que la totalidad de la organización político-jurídica se sitúa al servicio de la Dignidad humana" (Barranco Avilés, M.C., "Libertad y poder en Gregorio Peces-Barba", en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit.).

La teoría de la Justicia de Gregorio Peces-Barba viene configurada por su concepción de la ética pública, expresión de su pensamiento político y que tiene como resultado la propuesta de un modelo de organización jurídico-político.

La ética pública está configurada para Peces-Barba por los derechos humanos, la democracia y el conjunto de principios que hacen posible la existencia del Derecho. Su finalidad es que todas las personas puedan escoger libremente su ética privada, entendida esta como ética personal, como el camino que cada individuo puede escoger para alcanzar su proyecto de vida. Por tanto, entre ética privada y ética pública no debe existir conflicto (Rodríguez Toubes, J.,

“Convivencia de lo privado”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit.). Este sólo aparecerá cuando una u otra pretendan salir del marco en el que deben desenvolverse.

La propuesta de Peces-Barba sobre la ética pública va así unida a una defensa de los derechos humanos y del patriotismo constitucional.

Como señala Antonio Pérez-Luño al comienzo de su trabajo “Los derechos fundamentales en Gregorio Peces-Barba” (en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit.), la concepción de Gregorio Peces-Barba sobre los derechos fundamentales “resulta difícilmente inteligible si no se parte de los presupuestos de la filosofía y la teoría del Derecho en la que tal concepción se inscribe y de la dimana”. Tradicionalmente suele entender la propuesta de Peces-Barba sobre los derechos como dualista. Incluso suele considerarse a Gregorio Peces-Barba como el principal exponente de este planteamiento. Ahora bien, el dualismo es una propuesta metodológica para el estudio de los derechos que es así denominada por tomar en consideración dos perspectivas de los derechos a la hora de concebirlos y justificarlos: la ética y la jurídica.

En este sentido, caracterizar su planteamiento como dualista es decir más bien poco ya que puede afirmarse que buena parte de las concepciones contemporáneas sobre los derechos aceptan esta idea. En este sentido, la propuesta de Peces-Barba se caracteriza, además, por integrar en la concepción de los derechos otras dimensiones como son la historia, el Poder político representado por el Estado de Derecho, y la realidad social. En definitiva, el modelo dualista en Peces-Barba se caracteriza por concebir a los derechos como instrumentos éticos y jurídicos, por subrayar su dimensión histórica y, también, por presentarlos como forma de legitimación del Poder y de defensa de una determinada concepción de los seres humanos.

Por su parte, la defensa del patriotismo constitucional deriva de su postura sobre la ética pública (Llano Alonso, F.H., “La idea de patriotismo constitucional en el pensamiento jurídico político de Gregorio Peces-Barba Martínez”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit.), y se concreta en la defensa de lo que denominó como la España Civil. Esta España Civil, es presentada por Gregorio Peces-Barba como una utopía basada en siete puntos (Ramiro Avilés, M.A., “La España civil. Una utopía para el siglo XXI”): (i) la defensa de la vida, el rechazo de la violencia y la lucha por la paz; (ii) la distinción entre ética pública y ética privada; (iii) la igualdad y el reconocimiento

mutuo de la dignidad de todas las personas; (iv) el reconocimiento de los derechos humanos en el Estado de Derecho; (v) la obligación de respetar el juego limpio y de seguir las normas que se han aceptado por consenso; (vi) la exigencia de comportarse conforme al interés general y el bien común; (vii) la importancia de los partidos políticos

La teoría del Derecho de Gregorio Peces-Barba ha sido caracterizada como normativista realista dentro de un positivismo corregido (ver Cuenca Gómez, P., "El Ordenamiento jurídico en la teoría de Gregorio Peces-Barba", y Dorado, J., "El positivismo corregido. Análisis de algunos aspectos de la filosofía jurídica de Gregorio Peces-Barba", Hierro, L., "En busca del arca perdida", todos ellos en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit.).

El normativismo realista deviene de su concepción del Derecho como sistema de normas apoyadas en última instancia en el Poder político. Por tanto su propuesta sobre la validez del Derecho no descansa en una norma o en un conjunto de normas, sino en un hecho representado por el poder y por la fuerza. No obstante, para Gregorio Peces-Barba el simple hecho de la fuerza no debía ser determinante de la validez del Derecho, sino que esta fuerza debía ir acompañada de la razón. Dicho de otra manera, aunque todo Poder podría llegar a determinar la validez del Derecho, sólo un Poder democrático basado en derechos, podía ser considerado como legítimo. Y es aquí donde comienza a plasmarse su positivismo jurídico corregido, que se manifiesta de forma clara en su concepción del Derecho como sistema mixto y que manteniendo desde un punto de vista abstracto la separación conceptual entre Derecho y Moral, subraya la relevancia de la moral en la comprensión del Derecho contemporáneo.

No cabe duda que, como ha señalado Angel Llamas, "la aportación de Gregorio Peces-Barba, siempre inteligente, abierta a matices y alejada de dogmatismos, supone un punto de referencia imprescindible en el pensamiento jurídico-político contemporáneo" ("Algunas consideraciones en torno a los derechos fundamentales", en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit.). Gregorio Peces-Barba "ha huido de lo accidental para mantener una continua defensa de los principios, una pasión por el Derecho, defensa de los derechos humanos en todas las circunstancias, amor apasionado por España y una actitud vital por la concordia y la convivencia pacífica" (Alfonso Guerra, "Un intelectual en la política", cit.). Ha sido un intelectual comprometido con la política, un intelectual moderado y componedor desde unos principios

sólidos anclados en el pensamiento socialista democrático e ilustrado, un universitario de vocación y dedicación, un filósofo del Derecho abierto, plural y riguroso, una persona generosa, cordial, auténtica y leal.

A lo largo de su vida, recibió múltiples reconocimientos por su trayectoria política y académica. Se le han concedido, entre otras condecoraciones, la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort (1986), la Medalla de Honor con el grado de Gran Cruz de Perú (1983), o la Legión de Honor francesa (1987). En 2003 el Consejo de Ministros le concedió el Collar de la Orden del Mérito Civil. El 8 de septiembre de 2006 se le otorgó la Gran Cruz de la Real y Muy Distinguida Orden Española de Carlos III. El 22 de junio de 2007 le fue entregada la Gran Cruz del Mérito Naval, con distintivo blanco, y el 26 de enero de 2010 le fue impuesta la Gran Cruz del Mérito Militar. Además, el 18 de noviembre de 2010 su majestad el Rey le entregó el Premio Pelayo para juristas de reconocido prestigio. En diciembre de ese mismo año, el Consejo de Ministros le concedió la Medalla al Mérito del Trabajo. Recibió los *doctos honoris causa* por las Universidades de Vigo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, León, Middlebury College de Madrid, Saint Louis University, Jaén, Toulouse, U. "Amedeo Avogadro" del Piamonte Orientale, Pontificia Universidad Católica de Perú y Cádiz.

Su última obra fue la creación de la Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y la cooperación en derechos humanos que nació con dos grandes propósitos que de nuevo dan cuenta de su personalidad. Por un lado, servir de apoyo al Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y por otro, ser una estructura que permitiera acoger a algunos de los miembros de su Escuela que por razones económicas se habían quedado o podrían quedarse fuera de la Universidad. Hoy la Fundación es una realidad y sus fines fundacionales se han incrementado añadiendo el de contribuir a que el legado intelectual de Gregorio Peces-Barba se mantenga.

Fui alumno de Gregorio Peces-Barba a comienzos de los ochenta y ya, desde ese momento y después como su ayudante (labor que he seguido realizando incluso ya como catedrático), pude comprobar que se trataba de un profesor fuera de lo común.

Gracias a una capacidad y habilidad fuera de lo normal, ha configurado una escuela de pensamiento, abierta, plural y crítica, compuesta por un número

importante de investigadores y formadores, muchos de los cuales son ya, hoy, una referencia en el ámbito académico.

El profesor Peces-Barba no solo nos ha dado conocimiento sino, sobre todo, actitudes: la posibilidad de ser un intelectual comprometido; de hacer teoría con una proyección práctica; de combinar docencia, investigación y gestión; el respeto al alumno; la importancia de la formación de los jóvenes investigadores; la preocupación por el débil; el rigor, la generosidad, la lealtad. Y también hemos aprendido de él como se puede ser excelente estando cercano a la realidad, preocupándose por aspectos de la vida cotidiana y familiar y manteniendo un espíritu crítico.

Gregorio Peces-Barba ha sido un académico especial, tan especial que tengo que reconocer que, desde hace tiempo, abandoné, por imposible, una de las aspiraciones que todo discípulo tiene en relación con su maestro, y que no es otra que la de parecerse a él.

**PRIMERA PARTE:
PONENCIAS DE EXPERTOS**

1. La aplicación del Derecho por los tribunales de justicia

LA REPRESIÓN DE LOS CRÍMENES MÁS GRAVES DE TRASCENDENCIA INTERNACIONAL

Antoni Pigrau Solé

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la
Universidad Rovira i Virgili de Tarragona*

1. INTRODUCCIÓN

El derecho penal configura un ámbito de represión de comportamientos que suponen ataques graves a ciertos bienes jurídicos especialmente protegidos, tipificados como delito a través de una pena, generalmente de privación de libertad, que puede llegar a ser de muerte en ciertos países, y que puede ir acompañada de otras medidas.

Como es sabido, el derecho penal se ha creado y se ha desarrollado tradicionalmente dentro del marco del Estado. Cada Estado ha venido determinando de manera autónoma su catálogo de comportamientos prohibidos por afectar bienes jurídicos protegidos penalmente, así como sus instrumentos de persecución de las personas que participen en la comisión de los mismos, entre los que están los tribunales y las leyes; leyes que se ocupan, a su vez, tanto de la tipificación de los delitos como de la determinación de la competencia de los tribunales y de los procedimientos que se siguen ante ellos.

El derecho internacional, como espacio normativo común de los Estados ha entrado en el ámbito del derecho penal a través de distintas vías y momentos.

Una de ellas ha sido la cooperación penal internacional, por la que los Estados, mediante tratados bilaterales o multilaterales, cooperan unos con otros en las tareas de persecución de los delitos –cooperación policial, cooperación judicial en la obtención de pruebas, extradición de presuntos implicados en los delitos, ejecución de sentencias penales dictadas en el extranjero– con objeto

de garantizar la eficacia de sus propias leyes penales nacionales, al no disponer de capacidad ejecutiva fuera de su propio territorio.

Una segunda vía ha sido la de la concertación para la persecución en común de ciertos delitos, por razones diversas, que ha dado lugar a un auténtico proceso de tipificación internacional a través de múltiples tratados internacionales, creando a menudo obligaciones para los Estados de introducir tales delitos en sus propias leyes y de ampliar el alcance de la jurisdicción de los propios tribunales. Así se han concluido decenas de tratados, desde la Convención contra la esclavitud, hasta la Convención sobre las desapariciones forzadas, pasando por convenios relativos al genocidio, a los crímenes de guerra, el apoderamiento ilícito de aeronaves, los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, el apartheid, la toma de rehenes, el tráfico ilegal de materiales nucleares, la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes, el tráfico ilícito de residuos peligrosos, la financiación del terrorismo, la delincuencia transnacional organizada o la corrupción.

Pero la más llamativa de las vías se refiere a la creación de tribunales penales a través del derecho internacional. Y en este aspecto la creación de la Corte Penal Internacional, en 1998, constituye un punto de referencia histórico.

2. LOS CRÍMENES MÁS GRAVES DE TRASCENDENCIA INTERNACIONAL

Esta expresión es utilizada en el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional:

“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

Y también en su Artículo 1:

“Artículo 1. La Corte

Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”¹.

Portanto parece haberse configurado una categoría de crímenes más graves de trascendencia internacional. Pero ¿cuáles son y por qué?

La determinación de esta categoría se ha basado principalmente en los trabajos que la Comisión de Derechos Internacional (CDI) de las Naciones Unidas llevó a cabo entre 1947 y 1996 y cuyos frutos más significativos fueron los proyectos de artículos sobre el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954, 1991 y 1996). Pero es también el resultado de una negociación política entre los Estados, especialmente en los últimos veinte años, como lo demuestra el hecho de que delitos como el terrorismo, el narcotráfico o el uso de armas nucleares, por citar algunos asuntos polémicos, no hayan llegado a ser parte de esta categoría.

En el texto de la CDI de 1991, los crímenes considerados más graves eran los siguientes: agresión; amenaza de agresión; intervención; dominación colonial y otras formas de dominación; genocidio; apartheid; violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos; crímenes de guerra; reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios; terrorismo internacional; tráfico ilícito de drogas; y daños graves al medio ambiente².

Sin embargo, ya a la vista de las importantes reservas de distintos Estados sobre el anterior catálogo, la CDI lo redujo considerablemente en su Proyecto de 1996, quedando solamente los crímenes de agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, a los que se añadieron los crímenes contra las Naciones Unidas y el personal asociado³.

¹ El Estatuto, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, se publicó en el BOE el 27 de mayo de 2002. También está disponible en la web de la CPI, <http://www2.icc-cpi.int/Menu/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm>.

² Naciones Unidas, “Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones (29 abril-19 julio 1991); Doc. A/46/10, pp. 213-298.

³ Naciones Unidas, “Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, en “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996”, Doc. A/51/10, pp. 16-129.

Entretanto se habían producido las importantes decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU, en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como respuesta al impacto de los conflictos armados de la antigua Yugoslavia y de Ruanda sobre la opinión pública, por las que se identificaban las violaciones graves de derecho internacional humanitario como amenazas a la paz y la seguridad internacionales y se creaban sendos tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (1993)⁴ y Ruanda (1994)⁵. En los Estatutos de estos tribunales penales internacionales la competencia material quedaba establecida, atendiendo a lo que se consideraba el derecho consuetudinario vigente, para los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio. Sin duda estas decisiones del Consejo de Seguridad, junto a la propia actividad de dichos tribunales, contribuyeron a consolidar un consenso muy amplio en torno a lo que debía ser el catálogo de crímenes más graves.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 así lo confirmó al incluir en la competencia material de la Corte (artículos 5 a 8) los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, a los que se añadió el crimen de agresión, sujeto éste último al cumplimiento de ciertas condiciones para su plena operatividad⁶.

3. LA REPRESIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES POR LOS TRIBUNALES NACIONALES

Tradicionalmente los Estados definen el alcance de la jurisdicción de sus tribunales penales acogiéndose a distintos principios, entre los que el principio primario es el de territorialidad, según el cual los órganos jurisdiccionales del

⁴ Naciones Unidas; Resolución 827 (1993), del Consejo de Seguridad, 22 de febrero de 1993: creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

⁵ Naciones Unidas; Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994: creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

⁶ Que fueron objeto de discusión, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 123, en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010, en Kampala, Uganda. En ella se aprobaron distintas resoluciones, incluida la relativa a las enmiendas por modificación de los artículos 5, 9.1, 20.3 y 25 y por la adición de los artículos 8 bis, 15 bis y 15ter, todo ello concerniente al crimen de agresión (Resolución RC/Res.6, de 11 de junio). Esta Resolución contiene las enmiendas al Estatuto relativas a la definición de agresión y a las condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte, las enmiendas correspondientes al documento de los elementos de los crímenes y un documento de "entendimientos" respecto de la interpretación de las enmiendas.

Estado deben conocer de cualquier delito cometido en su territorio, por cualquier persona, con independencia de la nacionalidad. Se han añadido otros: en virtud del principio de personalidad, los tribunales de un Estado pueden conocer de delitos cometidos por un nacional con independencia del lugar donde se cometan (personalidad activa), o de delitos cometidos contra un nacional, igualmente con independencia del lugar donde se cometan (personalidad pasiva); en virtud del principio real o de protección del Estado, los órganos jurisdiccionales pueden conocer de ciertos delitos que afectan gravemente al Estado, con independencia de la nacionalidad del autor y del lugar donde se cometan. Al combinarse estos principios se pueden generar supuestos en los que más de un Estado se considere competente o de otros en que ninguno reclame la competencia sobre un caso. Esto último podría suceder para los delitos cometidos en territorios no sujetos a la soberanía de ningún Estado. La prevención de que estos supuestos no tuvieran lugar, entre otros motivos, llevó a los Estados a adoptar en sus normas internas principios distintos del de territorialidad y, en particular, fue una de las causas de la aparición del llamado principio de universalidad de la jurisdicción o de jurisdicción universal, un principio que supone someter a las leyes propias del Estado unos hechos respecto de los que carece de cualquier vínculo de conexión y de atribuir a sus tribunales la capacidad –que puede estar sujeta o no a restricciones– para juzgarlos⁷.

En el texto de los *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal*, de 2001, se entiende por jurisdicción universal:

“una jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, prescindiendo del lugar en que este se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o cualquier otro nexo con el Estado que ejerza esa jurisdicción”⁸.

Y de acuerdo con los *Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional*, adoptados en marzo de 2002,

⁷ Los datos que aquí se aportan en relación con la jurisdicción universal proceden de: PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España. La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009.

⁸ Principio 1; los principios fueron formulados en dicha universidad estadounidense por un conjunto de juristas de tradición anglosajona, en 2001; la versión española del texto, con sus comentarios, ha sido distribuida como documento oficial de la AGNU, Doc. NU A/56/677 (2001).

“la ‘jurisdicción universal’ es el derecho del Estado de perseguir y juzgar al presunto autor de una infracción, cualesquiera que sean el lugar de la infracción y la nacionalidad o la residencia de su presunto autor o de la víctima”⁹.

La aplicación de la jurisdicción universal, junto a cualquier otro título de jurisdicción, aparece como una obligación genérica en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados, en sus artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, en lo que se formula ante todo como una obligación de perseguir y juzgar las infracciones graves de dichos Convenios. Aunque es mayoritaria la consideración de que esta obligación se limita a los casos en que el inculpado se encuentra en el territorio del Estado Parte o bajo su jurisdicción, ello no impide extender la persecución a otros supuestos.

Pero la mayoría de los convenios internacionales para la persecución penal de ciertos delitos, antes citados, no mencionan expresamente la jurisdicción universal. Ni la establecen como deber ni la prohíben. Normalmente utilizan una cláusula como la siguiente: “el presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales”. Pero sí establecen, de manera ampliamente mayoritaria, la obligación de emplear la jurisdicción universal en el supuesto en el presunto autor del delito se encuentra en el territorio de un Estado Parte; en tal caso dicho Estado debe investigar los hechos y juzgar o extraditar al sospechoso a otro país que lo reclame.

Como ha señalado uno de los grupos de trabajo de la Asociación de Derecho Internacional, en 2000:

“Alcalificar ciertos crímenes de manera que deban someterse a la jurisdicción universal, la comunidad internacional señala que son tan terribles que representan una amenaza para el orden jurídico internacional. La justicia exige que no debe haber refugio seguro para los autores de tales crímenes. Los fiscales y los tribunales nacionales que lleven a los autores a la justicia no están actuando en nombre de su propio ordenamiento jurídico interno, sino en nombre del orden jurídico internacional”¹⁰.

⁹ Adoptados por el “Groupe de Bruxelles pour la justice internationale”. Puede consultarse en línea, en www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02_sp.pdf.

¹⁰ International Law Association, London Conference (2000), *Committee on International Human Rights Law and Practice*; “Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences”, p. 3.

El fundamento jurídico de la jurisdicción universal puede venir por tanto del derecho internacional, pero también puede venir fundamentado directamente del derecho nacional. Por ejemplo el supuesto del inciso g) relativo a la mutilación genital femenina, en el artículo 23.4 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por la LO 3/2005.

Es más discutido que pueda fundarse directamente del derecho internacional consuetudinario, sin una norma nacional que opere formalmente una recepción de la norma internacional y para defender esta posición se acude, por parte especialmente de la doctrina penalista, al principio de legalidad considerando a estos efectos irrelevante el derecho consuetudinario.

No obstante es posible defender el fundamento consuetudinario del ejercicio de la competencia universal en relación, no solamente con los crímenes de guerra, sino también con los crímenes contra la humanidad y el genocidio, con base en numerosas resoluciones de distintas organizaciones internacionales, en los procesos de creación por el Consejo de Seguridad de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y de la CPI, y en distintas decisiones judiciales nacionales e internacionales, como la sentencia en primera instancia del TPI para la antigua Yugoslavia, en el caso Furundzija, en 1998¹¹.

En el Informe de la ILA sobre la jurisdicción universal, presentado en la sesión de Londres de 2000, se puede leer:

“2. Los crímenes graves contra los derechos humanos respecto de los que los Estados tienen derecho en virtud del derecho internacional consuetudinario para ejercer la jurisdicción universal incluyen el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra [...] y la tortura [...]. Los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y la Convención de la ONU contra la Tortura están obligados a ejercer la jurisdicción universal con respecto a las infracciones graves y la tortura”¹².

¹¹ Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Anto Furundzija* (IT-95-17/1) “*La Vallée de la Lasva*”, Jugement du 10 décembre 1998, pár. 156.

¹² International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Human Rights Law and Practice; “Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences”, p. 21. El informe fue adoptado por la Resolución de la ILA núm. 9/2000 “International Human Rights Law and Practice”.

Por su parte, la Resolución del IDI, adoptada en su sesión de Cracovia de 2005, sobre “La jurisdicción universal penal en relación con el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra”, dice:

“2. La jurisdicción universal se basa principalmente en el derecho internacional consuetudinario. También se puede establecer en virtud de un tratado multilateral en las relaciones entre las partes contratantes [...] 3. [...] El ejercicio de la jurisdicción universal debe estar sujeto a las siguientes disposiciones: la jurisdicción universal puede ser ejercida sobre los crímenes internacionales identificados por el derecho internacional como incluidos en esa jurisdicción en asuntos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en un conflicto armado internacional o no internacional”¹³.

Por tanto un juez nacional puede encontrar en las normas consuetudinarias internacionales elementos de apoyo para el ejercicio de su jurisdicción.

Es el caso de las sentencias de 1961 y 1962, de la Corte de Distrito de Jerusalén y de la Corte Suprema de Israel, en el caso *Eichmann*¹⁴ o de la decisión de 1980 de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en Estados Unidos, en el caso *Filártiga* (ésta en el ámbito civil)¹⁵. También así lo hizo en su decisión de 6 de noviembre de 1998, relativa a la petición de una orden de detención de Augusto Pinochet, el juez belga Damien Vandermeersch, que en ausencia de referencia de la ley belga a los crímenes contra la humanidad, consideró que la competencia universal sobre los mismos se deduce de una norma consuetudinaria de aplicabilidad directa¹⁶. También la sentencia del juez federal argentino Gabriel Cavallo, de 2001, que declaró la inconstitucionalidad de las leyes de

¹³ IDI, Krakow Session – 2005. Seventeenth Commission, “Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes”; Rapporteur: M. Christian Tomuschat.

¹⁴ *The Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, District Court of Jerusalem (1961), 36.

International Legal Reports 1968, p. 18; *Attorney General of Israel v. Eichmann*, Israel Supreme Court (1962), 36 *International Legal Reports*, 1968, p. 277.

¹⁵ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), 30 June 1980.

¹⁶ Puede verse la traducción inglesa de la decisión de 6 de noviembre de 1998, de Louise Beschoor Plug, en *2 Yearbook of International Humanitarian Law* 1999, pp. 475-485.

punto final y obediencia debida en Argentina¹⁷, o las sentencias de la Audiencia Nacional, en 2005¹⁸, y del Tribunal Supremo, en 2007¹⁹, en el caso *Scilingo*. En el primer caso, calificando los crímenes contra la humanidad como tales y, en el segundo, aplicándola a los delitos comunes subyacentes de asesinato y detención ilegal, que constituyen según el derecho internacional crímenes contra la humanidad. Con ello ambos tribunales –el primero, en mi opinión, de manera más coherente– parecen estar en sintonía con la tendencia mayoritaria en la doctrina que se ha manifestado, entre otros textos, en los principios de Princeton o la resolución del IDI, de Cracovia, en el sentido de ejercer la jurisdicción universal sobre los crímenes contra la humanidad, aunque no esté prevista expresamente en las leyes nacionales.

Pero no debe presumirse que basten por sí solos, si no hay además disposiciones expresas en el derecho interno que –además de tipificar los delitos concretos– establezcan su jurisdicción para juzgarlos cuando se producen fuera del territorio y son cometidos por extranjeros contra extranjeros y determinen las penas aplicables.

La Corte Internacional de Justicia tuvo la oportunidad de entrar en esta cuestión en relación con el Asunto que enfrentó a la República Democrática del Congo con Bélgica, en su Sentencia de 14 de febrero de 2002²⁰, al impugnar el primero la legalidad de la orden de detención internacional emitida por los tribunales belgas contra su Ministro de Asuntos Exteriores. Sin embargo, la Corte evitó entrar en el análisis de la jurisdicción universal. Se limitó a confirmar la interpretación dominante según la cual en todo caso los ministros de asuntos exteriores en activo, al igual que los jefes de Estado o de Gobierno, gozan de una inmunidad penal completa frente a las jurisdicciones de terceros Estados, aunque tal inmunidad se pierde cuando la persona cesa en el ejercicio de dicho cargo.

¹⁷ Causa núm. 8686/2000. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 4; Argentina, *Asunto "Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio/sustracción de menores de 10 años"*, 6 de marzo de 2001.

¹⁸ Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Tercera. Sumario 19/1997. Rollo de Sala 139/1997, Juzgado C. Instrucción núm. 5. Sentencia núm. 16/2005. 10 de abril de 2005.

¹⁹ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso núm. 10049/2006-P. Fallo 2 de julio de 2007. Sentencia 798/2007. 1 de octubre de 2007.

²⁰ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt, 14 Février 2002, párr. 60.

En otra decisión más reciente la Corte Internacional de Justicia ha tenido de nuevo la oportunidad de referirse a cuestiones relativas a la jurisdicción universal. Se trata del litigio entre Bélgica y Senegal sobre las *cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar* y la sentencia ha sido emitida el 20 de julio de 2012²¹. En relación con el principio *Aut dedere, aut iudicare*, la Corte no afirma su naturaleza consuetudinaria pero sí confirma la obligación convencional, en el marco del Convenio contra la tortura, de adoptar medidas legislativas, investigar su comisión y de juzgar o extraditar a las personas sospechosas de haberla cometido. Entre otras son relevantes, por ser aplicables a muchos otros convenios, las siguientes afirmaciones de la Corte:

- a) El cumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de establecer la jurisdicción universal de los tribunales respecto del crimen de la tortura es una condición necesaria para permitir una investigación preliminar (artículo 6, párrafo 2), y para elevar el caso a sus autoridades competentes a los efectos de su enjuiciamiento (artículo 7, párrafo 1).
- b) La obligación del Estado para criminalizar la tortura y para establecer su jurisdicción al respecto tiene que ser aplicada por el Estado en cuestión tan pronto como está obligado por la Convención.
- c) El Artículo 6, apartado 2, de la Convención exige que se deben tomar medidas en cuanto el sospechoso es identificado en el territorio del Estado, con el fin de llevar a cabo una investigación de ese caso.
- d) El artículo 7, apartado 1, exige que el Estado presente el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, con independencia de la existencia de una solicitud previa para la extradición del sospechoso.
- e) Sin embargo, si el Estado en cuyo territorio el sospechoso está presente ha recibido una solicitud de extradición en alguno de los supuestos previstos en las disposiciones de la Convención, puede eximirse de su obligación de enjuiciar aceptando esta petición. De ello se desprende que la elección entre la extradición o la presentación de la acusación, de conformidad con la Convención, no quiere decir que las dos alternativas tengan el mismo peso. La extradición es una opción ofrecida

²¹ CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), Arrêt, 20 Juillet 2012.

al Estado por el Convenio, mientras que el procesamiento es una obligación internacional en virtud de la Convención, cuya violación es un acto ilícito que compromete la responsabilidad del Estado.

- f)) En opinión del Tribunal, la prohibición de la tortura es parte del derecho internacional consuetudinario y se ha convertido en una norma imperativa (*ius cogens*).
- g) Sin embargo, la obligación de enjuiciar a los presuntos autores de actos de tortura según la Convención sólo se aplica a hechos que hayan ocurrido después de su entrada en vigor para el Estado interesado.

Las leyes nacionales, salvo en los casos en que ello venga impuesto desde un tratado internacional, tienen un amplio margen de maniobra para prever o no la jurisdicción universal. Pero algunas limitaciones derivan, como ya se ha mencionado, de los estatutos de inmunidad de algunas personas, que representan a otros Estados, mientras están en el ejercicio de sus cargos (Jefe Estado o de Gobierno, Ministro de asuntos exteriores). Se trata de una inmunidad funcional destinada, juntamente con otros privilegios, a garantizarles la máxima independencia en el ejercicio de sus funciones oficiales de representación de un Estado. Aunque es una norma tradicionalmente respetada por los Estados, cada vez se levantan más voces en el sentido de que la norma no debe cubrir los supuestos de la comisión de los crímenes internacionales más graves. Pero la norma continúa vigente en opinión de la Corte Internacional de Justicia, expresada en la sentencia citada de 2002.

Es frecuente, además, que los Estados que prevén la jurisdicción universal la sometan a ciertas condiciones que restrinjan su alcance. Las principales condiciones que se desprenden de la práctica de los Estados son el establecimiento de márgenes de discrecionalidad en su ejercicio; la exigencia del requisito de la presencia del acusado en el territorio; la subsidiariedad respecto de la jurisdicción territorial del lugar de comisión de los hechos; la vigencia de leyes de amnistía, o la prescripción de los crímenes.

En concreto, respecto de los márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la jurisdicción universal, de manera frecuente se condiciona el ejercicio a una decisión del fiscal, que comporta un margen de discrecionalidad política. Hay distintas modalidades: la exigencia de una autorización previa de la máxima autoridad de la fiscalía para abrir un procedimiento penal (Bélgica, Canadá); el monopolio de impulso de la investigación penal en manos del Fiscal (Ca-

nadá), o un margen de discrecionalidad en la persecución por parte del fiscal (Alemania, Bélgica). En cambio, en otros países, las víctimas pueden instar el inicio procedimiento (España, Francia, Italia, Nueva Zelanda o Reino Unido).

En cuanto a las leyes de amnistía hay que tener en cuenta los múltiples pronunciamientos contrarios a la validez de las mismas frente a los crímenes más graves de trascendencia internacional: el Comité de Derechos Humanos (incluido el caso de España²²), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o las Cortes constitucionales o supremas de Colombia, Perú, Argentina o Uruguay.

En cuanto a la prescripción de los crímenes, desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma se constata una tendencia contraria a la prescripción de los crímenes de competencia de la Corte en los derechos nacionales.

En el seno de la Unión Europea se ha utilizado la jurisdicción universal para este tipo de crímenes en Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Países Bajos, Reino Unido y Suecia. Pero parecen emplearse distintos raseros: hay un predominio de casos relativos a los conflictos de la ex Yugoslavia o Ruanda y una abrumadora mayoría de casos contra ciudadanos del Sur. Encambio, son escasos los casos contra ciudadanos de países desarrollados (España y Bélgica eran la excepción) y, cuando los hay, son frenados por vías políticas (discrecionalidad del fiscal o reformas legales). La trayectoria de los casos relativos a Israel en Bélgica, España, Suecia, Dinamarca, Reino Unido o Países Bajos, es elocuente, en este sentido.

4. REPRESIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES POR TRIBUNALES INTERNACIONALES (O INTERNACIONALIZADOS)

En el plano del Derecho internacional se ha producido un proceso de afirmación de la responsabilidad internacional penal del individuo, con antecedentes que se remontan, cuando menos, al final de la primera guerra mundial

²² CDH, 94º período de sesiones, Ginebra, de 13 a 31 de octubre de 2008. Examen de los informes presentados por los Estados Parte con arreglo al artículo 40 del Pacto, observaciones finales del CDH, ESPAÑA; Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009.

y que se experimenta un trascendental desarrollo con los tribunales creados tras la segunda guerra mundial, en Alemania y Japón. La Asamblea General de las Naciones Unidas, por resolución 95 (II), de 11 de diciembre de 1946, confirmó los principios reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en 1950, la Comisión de Derecho Internacional formuló su codificación de los mismos. Los dos primeros principios decían lo siguiente:

“Principio I: Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.

Principio II: El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”.

En esos párrafos están los fundamentos de la construcción del derecho internacional penal.

Los tribunales penales internacionales se han creado por distintos caminos. Algunos de ellos por acuerdos internacionales entre Estados. Es el caso del Tribunal de Nuremberg²³, en 1945, o la Corte Penal Internacional (CPI), en 1998. Otros han sido establecidos por la ONU, por sí sola, a o a través de acuerdos con Estados. Lo ha hecho por sí sola a través de resoluciones del Consejo de Seguridad, adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en los casos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (Resolución 827 (1993), de 22 de febrero de 1993) y para Ruanda (Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994). Y también en los casos de territorios que se encontraban temporalmente bajo su administración directa (Kosovo, 2000, y Timor Leste, 2000). Y lo ha hecho mediante acuerdos con los Estados interesados en la creación de los tribunales internacionalizados de Sierra Leona (2002) y Camboya (2003)²⁴.

Salvo el Estatuto de Roma de la CPI, son características comunes a estos tribunales, el de ser creados en relación con un conflicto concreto, el de tener

²³ Creado mediante el Acuerdo para el procesamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres, el 8 de agosto de 1945.

²⁴ Aunque se aparta un poco de la lógica común a los demás tratados, por su específico ámbito material de competencia, el Tribunal Especial para el Líbano, para enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro Rafiq Hariri fue aprobado por una Resolución del Consejo de Seguridad (Resolución 1757 (2007), de 30 de mayo de 2007), que canaliza un acuerdo previo entre la ONU y el Gobierno libanés.

una competencia material centrada en crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio, el de tener una competencia limitada respecto del conflicto concreto, en el tiempo y en el espacio y el de ser creados con carácter temporal.

En cambio, la CPI se configura como una Corte permanente, que no se limita a un conflicto concreto, que no tiene competencia retroactiva y que es complementaria de las jurisdicciones nacionales.

El alcance de su jurisdicción está en función de los Estados Parte con una serie de correcciones y requisitos. La CPI puede ejercer su competencia, por iniciativa de: a) Un Estado Parte; b) El Consejo de Seguridad, actuando mediante una resolución adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta, donde por tanto cabe el derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo; o c) El Fiscal, a partir de las informaciones que haya podido recabar.

Pero en los casos a) y c), la CPI solamente podrá actuar si cuenta con la aceptación de la competencia de la Corte por parte del Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o del Estado del que sea nacional la persona acusada del crimen. Esta aceptación se deduce de la condición de Estado Parte en el Estatuto o de una declaración expresa de aceptación por parte del Estado afectado.

Por otra parte, en aplicación del principio de complementariedad, la Corte declarará inadmisibles un caso que ya esté siendo investigado o esté siendo juzgado o que ya haya sido juzgado, a menos que considere que el Estado implicado no quiere llevar a cabo de manera correcta el procedimiento penal o no está en condiciones de hacerlo.

Desde el punto de vista personal, la Corte tiene competencia respecto de las personas naturales, excepto los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.

Desde el punto de vista temporal, la Corte tiene competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después del 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor de su Estatuto, con carácter general. Si un Estado se hace Parte en el Estatuto después de esa fecha, la Corte será competente en relación con ese Estado después de la entrada en vigor del Estatuto respecto del mismo. Además, los crímenes de la competencia de la Corte no prescriben.

En cuanto a la competencia material, como ya se ha avanzado, la CPI es competente en relación con el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y lo será, eventualmente, respecto del crimen de agresión, si se cumplen las condiciones establecidas en la enmienda aprobada en la Conferencia de Kampala de 2010 y ésta llega a entrar en vigor.

Hasta finales de 2012 la actividad judicial de la Corte Penal Internacional tiene marcha la investigación de 16 casos en 7 situaciones distintas:

1. Situación en la República Democrática del Congo. Anuncio Fiscal (septiembre 2003). Iniciada por iniciativa de RDC (19 abril 2004). Decisión del Fiscal (junio 2004)
2. Situación en el Norte de Uganda. Iniciativa de Uganda (29 enero 2004). Decisión Fiscal (julio 2004)
3. Situación en Darfur (Sudán). Iniciativa del Consejo de Seguridad, mediante Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo. Decisión del Fiscal (junio 2005)
4. Situación en la República Centroafricana. Iniciativa del Gobierno (6 enero 2005). Decisión del Fiscal (mayo 2007)
5. Situación en la República de Kenya. Iniciativa del Fiscal, (5 noviembre 2009). Autorización de la Sala de Cuestiones preliminares (31 marzo 2010)
6. Situación en Libia. Iniciativa del Consejo de Seguridad, mediante Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero. Decisión del Fiscal (marzo 2011)
7. Situación en Costa de Marfil. Iniciativa del Fiscal, (5 noviembre 2009) Autorización de la Sala de Cuestiones preliminares (3 octubre 2011).

Se han iniciado los primeros juicios y ya ha terminado, en primera instancia, el primero de ellos. Se trata del juicio contra Thomas Lubanga Dyilo, fundador de la Unión de los Patriotas Congolese (UPC) y de las Fuerzas patrióticas para la liberación del Congo (FPLC). Contra él se imputó el cargo de reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades. Había sido detenido el 17 marzo 2006; se inició el juicio en enero 2009. Y se dictó sentencia el 14 de marzo 2012, en lo que constituyó la primera sentencia de la CPI.

Además de ello, a finales de 2011, la Fiscalía había recibido 9.332 comunicaciones de particulares o grupos. De ellas, 4.316 quedaban manifiestamente al margen de la competencia de la Corte, según la Fiscalía. Otras situaciones han sido objeto de análisis detallado; algunas han dado paso a investigaciones,

tres han sido rechazadas (Venezuela, Irak y Palestina, aunque este último caso debería ser revisado a la luz de la Resolución 67/19 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 29 noviembre de 2012 que reconoce a Palestina como Estado observador de la ONU) y otras están siendo objeto de un estudio preliminar (Afganistán, Colombia, Corea, Georgia, Guinea, Honduras, Nigeria). También está siendo investigado de manera preliminar el caso de Malí, sometido por el propio Estado a la Fiscalía de la Corte, en julio de 2012. Y sería muy deseable que se abra una investigación cuanto antes sobre el caso de Siria.

5. LOS DESAFÍOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La creación de la Corte Penal Internacional ha supuesto un proceso espectacular de armonización legislativa en relación con los crímenes de competencia de la Corte, tanto desde el punto de vista de la incorporación de los tipos penales del Estatuto de Roma en los ordenamientos jurídicos nacionales, como de su imprescriptibilidad.

Desde el punto de vista material, algún estudio²⁵ constata la coexistencia de distintas metodologías para incorporar los crímenes de competencia de la CPI a los ordenamientos jurídicos nacionales: la primera distinción está entre los Estados que tratan de encajarlos en los tipos penales ya incluidos en el ordenamiento interno (lo que conlleva con frecuencia la escasa correspondencia entre los tipos penales y la previsión de penas no apropiadas a la gravedad de los crímenes contenidos en el Estatuto de Roma) y los que optan, la mayoría, por adoptar medidas legislativas específicas, ya sea mediante una remisión directa al Estatuto de Roma, a las normas convencionales vigentes para el Estado o al derecho internacional, en general; ya sea tipificando los crímenes previstos en el Estatuto de Roma o en el derecho internacional pertinente. En este caso también los Estados están desarrollando distintas opciones: la transcripción literal de las definiciones contenidas en los tratados internacionales, añadiendo las correspondientes penas (lo que asimila los tipos de manera estática, a los que en 1998 quedaron incluidos en el Estatuto de Roma) o los que deciden reescribir los tipos penales para hacerlos más próximos a sus propias terminologías y

²⁵ Stéphane J. Hankins, "Overview of Ways to Import Core International Crimes into National Criminal Law", en PRIO, *Importing Core International Crimes into National Criminal Law*, Morten Bergsmo, Mads Harlem and Nobuo Hayashi (editors); FICJC Publications núm. 1 (2007), pp. 15-16, disponible en www.prio.no/FICJC.

estructuras penales (lo que permite una asimilación más abierta o dinámica y menos apegada al texto de 1998).

En el caso español, donde ya existían previamente normas relativas a algunos de los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma, el proceso para buscar una mayor identidad entre el Código Penal y dicho Estatuto se ha desarrollado en distintas etapas. Las más significativas reformas del Código penal a este respecto son dos: la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de 2003²⁶, en cuanto a los plazos de prescripción de los delitos, la definición de la tortura (Art.174.1), los delitos contra la administración de justicia por la CPI (Art. 471 bis), los crímenes contra la humanidad (Art. 607 bis), algunos crímenes de guerra (Arts. 608 a 614 bis), y la responsabilidad de los superiores y la obediencia debida (615 bis y 616 bis); y la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio²⁷, en relación especialmente con distintas modalidades de crímenes de guerra y otros delitos conexos con la ratificación por España de distintos textos internacionales, como la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

En cuanto a la imprescriptibilidad, hay que tener en cuenta que, en los derechos nacionales, la prescripción de los delitos no es una regla general ni absoluta. A partir de la Segunda Guerra Mundial se ha ido introduciendo la imprescriptibilidad de algunos delitos más graves. En las legislaciones nacionales el punto de partida era el de un tratamiento caso a caso que, en buena medida, se mantiene. Pero muchas de las leyes aprobadas durante el proceso de entrada en vigor del Estatuto de Roma establecen de manera homogénea la imprescriptibilidad para el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (Alemania, Argentina, Bosnia y Herzegovina, Estonia, Nueva Zelanda, Panamá, Países Bajos, Portugal, República del Congo, Senegal, Suiza; Timor Oriental, Uruguay o España).

²⁶ BOE 26 noviembre 2003, núm. 283.

²⁷ BOE 23 junio 2010, núm. 152.

Desde el punto de vista de la ampliación de las competencias de los tribunales nacionales para perseguirlos y, más en concreto, de la incorporación de la jurisdicción universal se constatan distintas opciones.

Los Estados que no han adoptado leyes especiales en relación con los crímenes de competencia de la CPI, se rigen por normas anteriores y no tratan todos los crímenes por igual, por lo que existe la jurisdicción universal para unos crímenes y no para otros. Es habitual que exista cuando deriva de obligaciones convencionales, especialmente en lo que se refiere a los crímenes de guerra y a la tortura (Austria, Dinamarca, Grecia, Italia). Pero es menos frecuente en los casos del genocidio y los crímenes contra la humanidad, aunque son perseguibles en modalidades concretas, como el asesinato, la tortura, la esclavitud o las desapariciones forzadas (Grecia, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Suecia). Además, en muchos países existen normas específicas de cooperación con los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

Entre los Estados que han adoptado leyes especiales en relación con los crímenes de competencia de la CPI (Argentina, Canadá, Croacia, Malta, Níger, Nova Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República del Congo, Sudáfrica, Trinidad y Tobago, Uruguay) o los Estados que han reformado los códigos penales (Alemania, Australia, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia i Herzegovina, Costa Rica, España, Panamá, Senegal, Timor Leste, Suiza) se constata una homologación del tratamiento en cuanto a genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad e incluso torturas, en el sentido de establecer la jurisdicción universal para todos ellos.

Una evolución paralela ha sido la de la interacción entre tribunales internacionales penales y de protección de los derechos humanos, tribunales nacionales con componentes internacionales y tribunales nacionales, en un proceso que conduce a clarificar conceptos y a debatir diversas opciones de interpretación de los tipos penales. En este sentido es innegable la influencia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en las decisiones de los tribunales nacionales, que ha llegado incluso al ámbito de los tribunales civiles de Estados Unidos (como es el caso del concepto de complicidad en la aplicación de la *Alien Tort Claims Act*).

La creación de la CPI es, sin duda, un avance histórico de la Comunidad internacional en la protección de la dignidad humana. Pero también es preciso ser conscientes de que la Corte hace frente a un conjunto de desafíos de gran

importancia que tienen con ver, principalmente, con su universalidad, con su eficacia, con su credibilidad, con la integridad del Estatuto y con la cooperación de los Estados Parte.

Desde el punto de vista de la universalidad de la Corte, un vistazo al estado de ratificaciones del Estatuto de Roma muestra, a pesar de la existencia de 121 Estados Parte, ausencias importantes, como las de Estados Unidos, Rusia, China, India, Indonesia, Pakistán o Israel. Ello refleja y conlleva un débil compromiso de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Por otra parte, al escaso interés mostrado por la mayoría de países árabes, se une la gran desconfianza creada en la Unidad Africana por el hecho, bien notorio y no completamente justificado, de que todas las investigaciones abiertas se ubican en África.

La eficacia en la gestión de recursos escasos es el segundo desafío de la CPI. Cuenta con medios humanos y materiales limitados para emprender investigaciones sobre hechos graves, con implicación de gran número de sospechosos, de víctimas y de testigos, a menudo desplazados del lugar donde residían, sobre hechos que se han producido lejos de La Haya. Y además, contra las previsiones iniciales, el Consejo de Seguridad rechaza asumir gastos de la CPI incluso cuando es él mismo quien remite una situación a la Corte.

El tercer desafío es el de ganar y mantener la credibilidad y el prestigio ante la opinión pública y las ONGs, que han constituido hasta ahora uno de sus puntos de apoyo fundamentales. Esto tiene que ver con la eficacia, la seriedad y el rigor con que lleve a cabo su tarea.

Un cuarto aspecto tiene que ver con la integridad del Estatuto de Roma y las operaciones que los Estados pueden llegar a imaginar y ejecutar para reducir o limitar las atribuciones de la CPI. En este sentido no se trata solamente de las dificultades que el propio Estatuto opone a la ampliación de la competencia material, mediante enmiendas al mismo. Así, la Conferencia de Revisión de Kampala de 2010, ha permitido la reintroducción del consentimiento del Estado de nacionalidad, para los Estados no Parte, a través de las enmiendas adoptadas, rompiendo así la unidad de criterio respecto de los delitos ya establecidos en el texto original. Además las enmiendas han servido para introducir un conjunto de mecanismos de salvaguarda promovidos por algunos Estados y aceptados por la mayoría, para garantizar su propia impunidad frente a la Corte

(necesidad de aceptación de la competencia, cláusulas *opting out*, moratorias, condicionamiento a decisiones posteriores, etc.).

El último desafío se refiere al compromiso de los Estados Parte en el Estatuto con la CPI. La jurisdicción de la CPI, como se ha indicado, es complementaria: la principal es la de los Estados Parte. La tipología de crímenes hacen poco probable la actuación del Estado territorial, salvo contra adversarios con los que se mantenga un conflicto o como consecuencia de un cambio de régimen político. Cuando la CPI necesita más ayuda es en los casos que quedan fuera de su competencia; en especial en relación con Estados no Parte. Por eso el uso de jurisdicción universal, por parte de los Estados Parte, es fundamental en aquellos casos de comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional a los que la CPI no puede llegar. Y en este terreno ha habido avances, pero también retrocesos, como lo demuestran las modificaciones legislativas en sentido de limitar dicha jurisdicción en Bélgica y España.

En el caso español, contábamos con el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio de 1985, del Poder Judicial, cuyo texto era el siguiente:

“ Art. 23.4:

Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptible de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España (LO 3/2005).
- h) Y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

Pero en dos operaciones sucesivas, el texto se ha visto deteriorado gravemente tanto desde el punto de vista técnico-jurídico como sustantivo.

Por una parte, la Ley Orgánica 18/2003, de 10 diciembre, paradójicamente denominada “de Cooperación con la Corte Penal Internacional”²⁸, introdujo un artículo 7, en cuyos párrafos 2 y 3 se puede leer:

“2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

3. No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la Investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes”.

Pero, como consecuencia de las presiones de Estados como Israel, Estados Unidos o China, se ha dado un golpe más decidido a la jurisdicción universal, como lo demuestran las causas archivadas en la Audiencia Nacional desde entonces, de la mano de la Ley Orgánica 1/2009²⁹, que ha modificado sustancialmente el artículo 23.4 de la LOPJ, dejándolo como sigue:

“4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptible de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f)) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabaja- dores.

²⁸ BOE 11 diciembre 2003, núm. 296.

²⁹ Denominada nada menos que *Ley Orgánica complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*; BOE 4 noviembre 2009, núm. 266.

- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”.

El aspecto positivo de esta reforma se limita a la introducción expresa en el ámbito de la jurisdicción universal, de los crímenes de lesa humanidad. Pero podría haberse incluido igualmente la tortura.

Los aspectos negativos, sin embargo, son numerosos y graves:

1. Si no existen víctimas de nacionalidad española ni se constatan vínculos de conexión relevantes con España, se impide pedir la extradición con base en la jurisdicción universal, incluso en casos en que pueda haber acuerdos de extradición o acuerdos europeos de entrega simplificada.
2. Se mezcla la jurisdicción universal con la personalidad pasiva, ausente hasta ahora de nuestro derecho. Se introduce así de manera precipitada (e innecesaria con la redacción hasta ahora vigente), limitada solamente para los delitos del 23.4 y subordinada a que no se abra un procedimiento posteriormente en otro Estado competente o en un tribunal internacional.
3. Se mezcla conceptualmente con la protección de intereses del Estado, ya ubicada en el artículo 23.3.
4. Se renuncia a la jurisdicción en beneficio de cualquier otro “país competente” que abra un procedimiento –aunque debe suponer “una

- investigación y una persecución efectiva” – aunque el iniciado en España sea anterior y pueda estar muy avanzado.
5. Se opera una renuncia a defender la competencia española ante los tribunales internacionales, lo que, al menos en el caso de la CPI, supone la inversión de la complementariedad de la jurisdicción de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales.
 6. Además, el primer requisito alternativo de que “sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España” puede entrar en contradicción con ciertas obligaciones internacionales como las relativas a las obligaciones de perseguir las infracciones graves de los convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977, en función de la interpretación que se dé a la frase “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”.
 7. Es discutible el segundo requisito acumulativo, en lo que se refiere a los crímenes que aquí interesan. El comportamiento pasivo que se infiere de la exigencia “en todo caso”, para actuar, de la constatación de que “en otro país competente o en el seno de un tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles” es muy dudosamente compatible con la obligación de juzgar o extraditar incluida en distintos textos convencionales suscritos por España, relativos a crímenes de guerra, tortura o desaparición forzada. De nuevo la frase “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España” podría salvar la cuestión.
 8. Y, en lo que se refiere a la obligación de decretar el sobreseimiento provisional del proceso penal ya iniciado en España, “cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”, en un párrafo en el que no se mencionan las disposiciones de “los tratados y convenios internacionales suscritos por España”; o bien es de muy deficiente redacción, o es abiertamente incompatible con la obligación de juzgar o extraditar antes mencionada, en los supuestos en que el sospechoso se encuentre en España o bajo su jurisdicción.

La no exigencia de la presencia del acusado en España en la redacción de la LOPJ, aún cuando no hubiera víctimas españolas, era un elemento que permitía a la justicia española activar solicitudes de cooperación penal internacional cuya virtualidad opera una presión mucho más acusada sobre los presuntos autores de crímenes internacionales, incrementando las posibilidades de evitar que los crímenes queden impunes o, cuando menos, restringiendo sus movimientos de manera mucho más significativa, mucho más teniendo en cuenta que en España no están permitidos los juicios *in absentia*.

Esto es particularmente importante cuando se trata de casos ajenos a la competencia de la CPI por razones temporales o que impliquen a nacionales de Estados que no son parte del Estatuto de Roma de la CPI y, especialmente, si se trata de nacionales de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, que tienen la capacidad, según el Estatuto, de bloquear cualquier propuesta hipotética de decisión de este de remitir el asunto a la Corte y de proponer al Consejo la suspensión de la actividad de la Corte si el asunto no es de su conveniencia. En estos supuestos, la probabilidad de impunidad es tan elevada que es conveniente mantener abiertas al máximo las vías potenciales de la jurisdicción universal, siempre que existan indicios suficientes de dicha participación en los crímenes.

Es fundamental insistir en que la impunidad del genocidio, de los crímenes de guerra o de los crímenes contra la humanidad resulta intolerable siempre y en todos los casos, aunque se produzcan en otro lugar y no haya víctimas ni autores del propio país, y que ninguna vía de persecución sobra, en un contexto internacional con tan enormes espacios de impunidad y donde la norma imperante en estos casos es la de mirar hacia otro lugar.

La experiencia en España de los casos relativos a Chile y Argentina ha demostrado que el ejercicio de la jurisdicción universal, lejos de ser inútil o incluso perjudicial para las dinámicas de justicia en los países afectados, ha tenido un efecto positivo como elemento catalizador o, por lo menos, coadyuvante en los procesos de cambios en dichos países, aparte del efecto inmediato de la apertura de una investigación con el consiguiente acopio de pruebas que, en su caso, pueden ser transferidas, como así ha sido, con posterioridad a la jurisdicción de los países más directamente interesados.

El fenómeno del recurso a la jurisdicción universal no es fundamentalmente el resultado de la manifestación de un interés de algunos Estados por incre-

mentar su ámbito jurisdiccional. En realidad, salvo en el caso de los tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el conjunto del sistema de justicia universal ha reposado siempre sobre la preferencia del Estado territorial o de otros Estados vinculados con los crímenes. Y esto vale también para la CPI, cuyo Estatuto consagra su posición complementaria. La manera más sencilla de desactivar la jurisdicción universal es que los Estados con vínculos con el crimen, lo persigan directamente, con arreglo a los estándares internacionales.

Pero el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad son crímenes perpetrados cuando menos con la tolerancia, si no con la connivencia, la complicidad o la autoría directa de los órganos estatales. Por tanto, frecuentemente el lugar de comisión de los crímenes es, al menos temporalmente, refugio seguro para sus autores, lo que se traduce en la ausencia de persecución penal para los mismos, ya sea por inexistencia de un sistema judicial suficiente o por su subordinación al mismo proceso político que ha comportado la comisión de los crímenes. Y esto es así hasta que un cambio político endógeno o exógeno abre las puertas a la revisión del pasado, como ha sucedido en numerosos países, que han podido llevar a la justicia a los autores de crímenes graves contra los derechos humanos cometidos en su propio territorio y contra sus nacionales.

Cuando esto no sucede, lo que ocurre es que el recurso a la jurisdicción universal en otros Estados es –especialmente– el resultado de la acción de las víctimas y de quienes las defienden, normalmente contra nacionales de su propio país por hechos cometidos en él. Y, desde esta perspectiva de la lógica de las víctimas, es irrelevante si se consigue una puerta abierta a la jurisdicción en un Estado europeo, asiático, americano o africano o de si es un Estado más o menos desarrollado. Lo decisivo es encontrar esa puerta que ofrezca las garantías de un proceso justo, la puerta que se les cierra en el lugar de comisión de los crímenes, y hacer efectivos los derechos a la verdad, la justicia y la reparación que el derecho internacional reconoce a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos³⁰.

³⁰ Naciones Unidas, “Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad”; Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005; Naciones Unidas; y Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.

EL JUEZ Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO¹

Ramón Ruiz Ruiz

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén

Escribía Montesquieu en el siglo XVIII que los jueces no eran “ más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”². Muy probablemente, en el tiempo en el que Charles de Secondat escribía estas celebérrimas palabras, tal afirmación ya no se ajustara completamente a la realidad y no fuera más que una ilusoria idealización de la labor judicial, pero, desde luego, no lo hace en nuestro tiempo, en el que a nadie se le escapa que el juez goza de una indudable discrecionalidad a la hora de aplicar el Derecho, como consecuencia, entre otros factores, del complejo sistema de fuentes actual, así como de la inevitable vaguedad de gran parte de las normas que componen nuestros ordenamientos modernos.

En efecto, no podemos creernos ya aquella manida cantinela de que los jueces se limitan a aplicar el Derecho de forma neutral, aséptica, apoyándose en el denominado “silogismo bárbara”, que evitaría –como sugería Beccaria–, la creación judicial del Derecho por vía de la interpretación³. Porque, ciertamente, como es de todos conocido, durante mucho tiempo se quiso ver a los jueces como meros aplicadores del Derecho, considerándose que su labor se apoyaba en un silogismo, en el que la premisa mayor es una forma jurídica, abstracta y general, la menor los hechos concretos fijados por el juez o el intérprete y la

¹ Este texto está basado en otros trabajos anteriormente publicados.

² MONTESQUIEU: *De l'Esprit des lois*, Gallimard, París, 1995, pág. 331.

³ Vid. GALIANASAURA, Ángeles: *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 15.

conclusión el resultado de subsumir los hechos en el supuesto de hecho de la norma y aplicar las consecuencias de ésta⁴.

Este era el modelo judicial ideal para los ilustrados, quienes, para ponerlo en práctica, vieron la necesidad de una reforma radical de las fuentes normativas de su época, cuya organización seguía siendo, sustancialmente, similar al modelo medieval, basado en un Ordenamiento, en palabras de Ángeles Galiana, “compuesto por disposiciones caóticas, desordenadas, asistemáticas, incompletas, muchas veces contradictorias y en cierta medida inaplicables”⁵. Era imperioso, pues –continúa la citada profesora–, sustituir la acumulación de normas dispares por una normatividad unitaria, sistemática y precisa dictada por el poder soberano y que respondiera a criterios de racionalidad, para lo cual se valdría de un instrumento esencial, el código, en el que nada quedaría al arbitrio del intérprete, convirtiéndose, así, en garante de la seguridad jurídica. De este modo, gracias a la codificación, no sólo la creación, sino también la aplicación del Derecho se tornarían en operaciones racionales. En efecto, la interpretación no sería ya casuística, sino que se haría a modo de silogismo, lográndose así establecer normas fijas e inmutables para los intérpretes y para los aplicadores y, por tanto, seguras para los ciudadanos, “que por primera vez en la historia pueden conocer el Derecho a través de su aplicación regular”⁶.

Sin embargo, pronto se vio que el código no era tan racional como se pretendía y que resultaba incapaz de dar respuesta a todos los litigios y conflictos que surgían en una sociedad industrial que evolucionaba muy rápidamente. Y esta situación se agudizó con el paso del Estado liberal al Estado social, descentralizado y globalizado, que ha propiciado una multiplicación y dispersión de las fuentes normativas, con el consiguiente incremento de la producción de todo tipo de normas, dando lugar a “una legislación fragmentada en una multitud de normas, desordenadas, confusas, rápidamente cambiantes y cada vez más técnicas o especializadas”⁷. Normas que, por si fuera poco, en muchos casos son necesariamente vagas –especialmente en el caso de los principios jurídicos– pues, como sostiene Endicott, “la vaguedad es un rasgo esencial

⁴ Vid. ASÍSROIG, Rafael: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 97.

⁵ GALIANA SAURA, Ángeles: *La legislación en el Estado de Derecho*, cit., pág. 15.

⁶ *Ibidem*, pág. 20 (citando a E. García de Enterría).

⁷ *Ibidem*, pág. 24.

del Derecho (...) no podemos concebir una comunidad regulada por leyes precisas”⁸.

Por todo lo hasta aquí expuesto, como advierte Michel Tropper, nunca es verdadero –y no puede serlo– que la decisión sea solo la conclusión de un silogismo, cuyas premisas sean independientes del juez. Para comenzar, la ley no prescribe nada para un caso, sino que prescribe para una clase de casos. Por tanto es necesario determinar a qué clase de casos pertenece el que se tiene que juzgar; esto es, es necesario comenzar por determinar la premisa menor, que no es un dato, sino el resultado de una operación intelectual, por lo que la decisión de subsumirlo en una u otra categoría puede ser discrecional en no pocos casos; en otros términos, debe decidirse si se aplica tal o cual ley. Pero la premisa mayor tampoco es un dato, sino una “construcción”, pues la ley no es una norma general, sino un enunciado cuya significación es una norma general; por tanto, es necesario interpretar este enunciado para determinar cuál es la norma general que éste expresa. Ahora bien –concluye–, la interpretación es una actividad de la voluntad, esto es, discrecional⁹.

Así lo creía también el propio Kelsen, a cuyo juicio “la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, sino a varias, todas las cuales (...) tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo”, toda vez que “no existe genéricamente ningún método según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el ‘correcto’”¹⁰.

En definitiva, como sostiene Devlin, un juez debe ser un hombre muy arrogante (y, así, probablemente un mal juez) si supone que incluso en las cuestiones de hecho siempre tiene razón. En un alto porcentaje de casos, la tiene, porque de lo contrario perdería credibilidad. Pero hay un número apreciable

⁸ ENDICOTT, Timothy A.O.: *La vaguedad en el Derecho*, trad. de J.A. Alcalá y J. Vega, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 280.

⁹ Vid. TROPPER, Michel: “El poder judicial y la democracia”, en *Isonomía*, n° 18, 2003, pág. 55.

¹⁰ KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, U.N.A.M., México D.F., 1986, págs. 351 y 352. Y esto es así por mucho que se quiera hacer creer que tal poder discrecional puede ser evitado por medio del recurso a los “códigos, enunciados claros, completos, coherentes; así no habrá ya lugar para el poder discrecional. Error. Por gran cantidad de razones. Las lagunas, las contradicciones, no pueden ser evitadas. El legislador no puede prever la evolución técnica o social. El lenguaje de los códigos es el lenguaje natural, necesariamente vago y ambiguo” (vid. TROPPER, Michel: “El poder judicial y la democracia”, cit., pág. 56).

en el que, confrontado con dos historias contradictorias y poco más, tiene que basar su decisión principalmente –y, en ocasiones, únicamente–, en su impresión de los testigos, y en los casos difíciles no puede tener razón siempre, sino que, ciertamente, no convencerá a la parte perdedora de que no tiene la razón. El objeto del proceso no es, por tanto, forzar al contendiente a presentar un razonamiento superior, si no proveer un método civilizado para solucionar controversias y evitar que cunda una sensación de injusticia¹¹.

Y otro factor que hay que tener en cuenta a la hora de analizar la facultad de discrecionalidad del poder judicial contemporáneo es que es posible afirmar, con Rafael de Asís, que “aunque ni las disposiciones que enumeran las fuentes del Derecho ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean Derecho, esto parece ser un hecho”¹². Afirmación que ilustra recurriendo al trabajo *La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento Jurídico*, de Peces-Barba, en el que se llegaba a las conclusiones siguientes: 1. todos los jueces crean Derecho al resolver una pretensión sometida a su conocimiento con arreglo a las normas de organización de un Ordenamiento jurídico, 2. determinados jueces, aquellos que tienen reconocida esa función y que en España son, por ejemplo, los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo, pueden ejercer un control de legalidad de las disposiciones reglamentarias que en cuanto se ejerce sobre disposiciones generales supone una producción normativa negativa de carácter general, 3. el Tribunal Constitucional lleva a cabo una producción normativa negativa (control de constitucionalidad) y positiva (interpretación vinculante de la Constitución), 4. por fin, determinados jueces, que son normalmente los que agotan las sucesivas instancias procesales y que dictan las sentencias definitivas, reciben poder de las normas de producción normativa para dictar normas generales –a lo que Rafael de Asís añade que en la gran mayoría de los casos y con independencia del agotamiento o no de la instancia, el enunciado normativo general que sirve de premisa mayor para la decisión va a ser creado por el juez–.

En definitiva, es indudable que los jueces en nuestros días han alcanzado un gran protagonismo a la hora, no ya de la aplicación del Derecho, sino aun de su creación, como consecuencia de que, con frecuencia, la ley no tiene respuesta para todos los casos y será el aplicador quien tenga que resolver los problemas,

¹¹ Vid. DEVLIN, Patrick: “Judges and lawmakers”, en *The modern law review*, vol. 39, n° 1, 1976, pág. 3.

¹² ASÍS ROIG, Rafael: *Jueces y normas*, cit., pág. 281.

por lo que puede sostenerse que se ha producido un “desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del derecho”¹³ –si bien, claro está, no siempre la discrecionalidad va a estar presidida por la racionalidad–.

Y este protagonismo del juez se ha afianzado, y aun acrecentado, como consecuencia del “tránsito del Estado de Derecho sin ulteriores especificaciones hacia el Estado de Derecho constitucional”¹⁴ a partir, sobre todo, de la segunda mitad del siglo XX, donde hemos asistido a la llamada “rematerialización de la Constitución”, expresión que alude al paso de unas constituciones predominantemente organizativas y procedimentales, que prácticamente se limitaban a disciplinar la vida interna del Estado, a unas constituciones fuertemente impregnadas de contenidos materiales con vocación de regular el conjunto de la vida social y estatal. Efectivamente, como es sabido¹⁵, la teoría jurídica europeo-continental de finales del XIX concebía la Constitución como la regulación jurídica de la forma del poder y de los modos de creación del Derecho y, en consecuencia, básicamente conformada por normas de competencia y de procedimiento –esto es, por lo que la teoría constitucional suele llamar “parte orgánica” de la Constitución–, en tanto que el preámbulo, las declaraciones de derechos y otras disposiciones materiales se consideraban jurídicamente irrelevantes.

Este sería el modelo de Constitución propuesto por Kelsen¹⁶, quien la identifica con un conjunto de reglas sobre la creación de las normas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y sobre el procedimiento de la legislación, excluyendo, idealmente, normas de contenido material que establezcan principios, directivas y límites al contenido de las futuras leyes. Evidentemente, Kelsen reconocía que, de hecho, las constituciones contienen también cláusulas de este tipo, pero opinaba que el alto grado de indeterminación que presentan estas normas hace que solo quepa entenderlas como expresiones carentes de significado jurídico que consagran espacios demasiado abiertos a la discrecionalidad. De ahí que resultara equivocado para Kelsen interpretar las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a some-

¹³ GALIANASAURO, Ángeles: *La legislación en el Estado de Derecho*, cit., pág. 23.

¹⁴ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *Principios y positivismo jurídico*, C.E.P.C., Madrid, 1998, pág. 62.

¹⁵ Como nos recuerda Gloria Patricia LOPERA MESA en *Cuadernos de Investigación de la Universidad EAFIT*, nº 16, 2004, pág. 45.

¹⁶ Vid. KELSEN, Hans: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, págs. 142 y 143.

terse a la justicia, la equidad, la igualdad o la libertad como directivas relativas al contenido de las leyes, y más aun emplearlas como criterio para enjuiciar su constitucionalidad, pues ello implicaría un impropio desplazamiento de poder del Parlamento a favor del Tribunal Constitucional –por ello aconsejaba, con el fin de evitar tal desplazamiento, que se evitaran este tipo de contenidos y, en todo caso, que se formularan del modo más preciso posible–.

No obstante, lejos de atender las recomendaciones de Kelsen, las mayor parte de las constituciones promulgadas a lo largo del siglo pasado siguieron la senda ya iniciada por la de Weimer, entre otras, acentuando la presencia de contenidos valorativos –principios y derechos– expresados en su mayoría en un lenguaje deliberadamente impreciso y utilizados además como parámetro de validez de las normas constitucionales. Se produce así –al menos aparentemente– un reforzamiento del carácter estático del Derecho como consecuencia de la omnipresencia de la Constitución y el consiguiente “efecto de irradiación” de los principios constitucionales¹⁷.

Antes de avanzar en las consecuencias de tal rematerialización de la Constitución conviene detenernos, siquiera sucintamente, en dar cuenta del tipo de normas que son los principios, toda vez que, en efecto, mientras los contenidos orgánicos y procedimentales de la Constitución generalmente se expresan a través de normas que interpretamos como reglas, la incorporación de contenidos sustanciales se realiza, en cambio, a través de la clase de normas que se suelen denominar principios.

Se trata de unas normas que, precisamente como consecuencia de su indeterminación y de su profusión, presentan una gran proclividad a entrar en colisión con otros contenidos constitucionales y que requieren un tipo de interpretación, de argumentación, de aplicación y de resolución de conflictos distinto al que se emplea en relación con las reglas¹⁸. Concretamente, los con-

¹⁷ Vid. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *Principios y positivismo jurídico*, cit, pág. 64.

¹⁸ Sostiene en este sentido Prieto Sanchís que “la técnica de la subsunción no es aplicable a los principios y derechos constitucionales que presentan de forma abierta el supuesto de hecho o la condición de aplicación; mejor dicho, no es que no sea aplicable, es que sucede con frecuencia que un mismo caso resulta subsumible en dos derechos o principios tendencialmente contradictorios, como ocurre con la libertad de expresión y el derecho al honor, con la libertad en general y la seguridad colectiva o con el derecho de propiedad y los derechos sociales. Y tampoco resultan operativos los conocidos como criterios de resolución de antinomias; no lo son claramente el jerárquico y el cronológico, pero tampoco el de especialidad” (PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, n° 23, 2000, pág. 161).

flictos entre principios deberán resolverse recurriendo a la técnica de la ponderación –también conocida como “test alemán de proporcionalidad”–, para cuya descripción podemos recurrir a nuestro Tribunal Constitucional que en los últimos años ha empezado a emplearlo asiduamente –algo que desde hace décadas viene haciendo la jurisprudencia constitucional alemana y que en nuestros días están haciendo prácticamente todos los Tribunales Constitucionales europeos, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, habiéndose plasmado dicho principio explícitamente, asimismo, en algunas constituciones y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁹–. La primera sentencia en la que el alto tribunal alude expresamente al principio de proporcionalidad –y a los tres subprincipios que lo integran: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto– fue la 66/1995 de 8 de mayo; sin embargo, donde lo expone de forma más clara es en la Sentencia 207/1996 de 16 de diciembre:

“En este sentido hemos destacado que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Así pues para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes” (F.J. 4º).

¹⁹ ASÍS ROIG, Rafael de: *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 110.

En definitiva, aunque a la hora de resolver alguno de los frecuentes conflictos entre principios jurídicos no es posible una única respuesta correcta, sí lo es un procedimiento de racionalización y justificación de la decisión. Ahora bien, como señala Cabra Apalategui²⁰, no obstante, este sistema no conduce a un resultado definitivo, únicamente dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación, pero ésta deja todavía margen a valoraciones cuyo control racional escapa al propio procedimiento de ponderación –pues, en efecto, hay espacio para la subjetividad “en la graduación de la afectación de los principios, en la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas, y en la elección de la carga de la argumentación que es apropiada para el supuesto en cuestión”²¹–.

También Prieto Sanchís sostiene que si bien la ponderación no equivale a irracionalidad, esto no significa que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas, es decir, el que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por el Derecho; “es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo”, pues “decidir que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña, sin duda, una valoración; valoración en la que –aunque no se quiera– pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia ‘cuantificación’ de costes y beneficios en el caso concreto”²². En definitiva, se puede sostener, con Rafael de Asís, que la ponderación es algo enormemente valorativo, independientemente de que se lleve a cabo tomando como referencia el texto constitucional, por lo que “hay que ser conscientes de que su uso expresa la opción de una determinada posición de índole ético y político”²³.

Por todo ello, la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación es el fortalecimiento de la

²⁰ Vid. CABRA APALATEGUI, José Manuel: “Racionalidad y argumentación jurídica”, en *Derechos y libertades*, nº 9, 2000, pág. 170.

²¹ Vid. GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 211.

²² PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, cit., pág. 181.

²³ ASÍSROIG, Rafael de: *El juez y la motivación en el Derecho*, cit., pág. 112.

posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre principios, surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad²⁴. Y no olvidemos que su decisión va a tener una gran trascendencia, pues no está de más recordar que, como escribe Guastini, “en este contexto, “ponderar” no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución “intermedia”, que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que –de algún modo– aplique o sacrifique parcialmente a ambos. La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro”²⁵.

Esta mucho mayor libertad del juez cuando aplica principios respecto de cuando aplica reglas según el modelo tradicional²⁶, por su parte, viene dada en gran medida por el hecho de que no es factible establecer lo que suele denominarse un “orden fuerte de principios”, esto es, un listado completo de los principios de un sistema jurídico que incluya todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos, determinándose, así, unívocamente, la decisión en cada uno de los casos. En esta línea, Rafael de Asís²⁷, refiriéndose a los derechos fundamentales, opina que no se puede, en principio, llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos en caso de colisión, sino que este problema ha de resolverse en cada caso concreto, de modo que, por ejemplo, no se puede argumentar que el derecho a la vida es el derecho más fundamental y, por lo tanto, el menos limitado, por ser el presupuesto de los restantes, dado que todo dependerá del significado que se dé a ese derecho y a sus posibles colisiones con otros derechos o bienes constitucionales como, por ejemplo, la libertad. También Zagreblesky²⁸ sostiene que, por lo general, los principios no se estructuran según una jerarquía de valores, pues si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. Ciertamente, en caso de conflicto, el principio de más rango se erigiría en soberano entre

²⁴ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, cit., pág. 173.

²⁵ GUASTINI, Riccardo: “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, n° 34, 1999, pág. 44.

²⁶ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n° 7, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 61.

²⁷ Vid. ASÍS ROIG, Rafael, “Sobre los límites de los derechos”, en *Derechos y libertades*, n° 3, 1994, pág. 123.

²⁸ Vid. ZAGREBLESKY, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, págs. 124 y 125.

todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él, privando de eficacia a todos los principios inferiores y dando lugar a una “tiranía del valor” esencialmente destructiva.

No obstante, la labor de los órganos judiciales y, muy en concreto, del Tribunal Constitucional en relación con los principios jurídicos va mucho más allá de la resolución de las tensiones que se producen entre los mismos. Ciertamente, éste va a ser el órgano competente para la atribución concluyente de significado a los principios, esto es, al “instrumento normativo en el que se contienen los criterios de validez de las restantes normas del sistema, por lo que el sentido del que se dote a sus términos limitará los significados posibles de los restantes documentos jurídicos”²⁹.

Además, cuando el juez constitucional juzga la constitucionalidad de una norma, lo que está haciendo es, ni más ni menos, que un juicio de contraste entre dos textos: la Constitución y la ley, con el propósito de apreciar si las normas que se expresan en la segunda son compatibles con el sistema de normas que se expresan en la primera, lo que demanda no sólo la interpretación de la Constitución, sino algo más: la interpretación del ordenamiento legal. Se trata, entonces, de un juicio que es a la vez jurídico y político, toda vez que la disposición que se contrasta contra la Constitución, la ley, “viene revestida de una especial dignidad en tanto ha sido aprobada por un órgano democrático ampliamente representativo y popularmente elegido”³⁰.

Y, sin embargo, se puede sostener que “si el juez puede “rehacer” la ley, la misma ley deja de ser democrática. Ahora bien, el juez puede “rehacerla” mediante interpretación e incluso “rehacerla” con efectos retroactivos; y como las interpretaciones dadas por las cortes supremas son respetadas por el resto de los órganos jurisdiccionales, “se tiene un poder legislativo en las manos de los tribunales”³¹.

Ante tal evidencia, podemos preguntarnos, con Tropper³², ¿se conforma al principio democrático que los procesos no sean resueltos por el pueblo, sino

²⁹ BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen: *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 20.

³⁰ DUQUESANDOVAL, Óscar y FREDDYUR TOVAR, Luis: “Constitucionalismo y control judicial: entre la incertidumbre y la esperanza”, en Duque Sandoval, Óscar y Freddyur Tovar, Luis (comps.): *Justicia constitucional y democracia en el siglo XXI*, cit., pág. 15.

³¹ TROPPER, Michel: “El poder judicial y la democracia”, cit., pág. 55.

³² Vid. TROPPER, Michel: “El poder judicial y la democracia”, cit., pág. 50.

por jueces? Y, en la misma línea, con Linares, “¿qué justifica que unos jueces que no son elegidos por el pueblo –y que por tanto no rinden cuentas ante él– tengan autoridad para invalidar las leyes del Congreso? ¿qué razones tenemos para pensar que los desacuerdos en la interpretación del texto constitucional deban ser resueltos con carácter final por un grupo de jueces que no representan a nadie?” O, expuesto a la inversa, ¿qué justifica que existan asuntos –como, por ejemplo, los derechos contenidos en una Constitución– sobre los cuales las mayorías no pueden decidir o, al menos, no tengan la última palabra?³³.

Pues bien, para sostener que el papel de los altos tribunales se conforma con la democracia es necesario negar que éstos dispongan de un poder discrecional y afirmar que se limitan a aplicar un Derecho preexistente, sin poder expresar preferencias ideológicas o axiológicas. Pero para sostener tal postura habría que asumir, a su vez, la posibilidad de un cognitivismo constitucional absoluto o, en otros términos, dar por sentado que el Tribunal es capaz de derivar de la Constitución una única decisión correcta, indudable y susceptible de ser reconocida objetivamente para cada caso. Ahora bien, si pudiera reconocerse a priori una única decisión correcta para cada caso en el texto constitucional, esto es, si en cada caso todo ser con uso de razón pudiese llegar a una misma respuesta, el funcionamiento de la jurisdicción constitucional sería tan indiscutiblemente legítimo como innecesario, pues todos los participantes en la práctica jurídica estaríamos de acuerdo en cuáles son las pautas de conducta que resultarían correctas desde el punto de vista de los derechos y no se originarían, por tanto, disputas interpretativas que un tribunal tuviese que dilucidar. Esta certeza haría desaparecer la tensión entre democracia y tribunales, puesto que toda decisión parlamentaria sería legítima, a menos que vulnerara abiertamente alguna de las prescripciones constitucionales conocidas de antemano a ciencia cierta.

El problema radica en que un cognitivismo de esta magnitud parece bastante inverosímil por las razones arriba apuntadas³⁴. Pero es más, apuntilla Tropper, “se puede incluso llegar a decir que aun si la teoría de la ‘respuesta correcta’ fuera cierta, esto no cambiaría nada al hecho de que la ‘respuesta in-

³³ Vid. LINARES, Sebastián: *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 46.

³⁴ Vid. BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, C.E.P.C., Madrid, 2007, pág. 209.

correcta' tiene jurídicamente el mismo valor, así como, igualmente, una mala ley se impone tanto como una buena"³⁵.

No obstante, es habitual afirmar, por parte de los partidarios del control judicial de los actos legislativos, que los jueces, incluso los supremos o los constitucionales, se encuentran sometidos a múltiples limitaciones: no pueden iniciar un proceso, deciden al término de un determinado procedimiento, tienen que justificar sus decisiones, de manera que no se pronuncien como puede hacerlo una mayoría parlamentaria, simplemente afirmando su voluntad, etc., a lo que se suma el hecho de que prácticamente todos los testimonios de los jueces confirman que tienen el sentimiento, no de un poder discrecional, sino el de aquel que está trabado, hasta el punto de que ocurre frecuentemente que se pronuncien en un sentido opuesto al de sus convicciones políticas, porque el Derecho les impone la solución.

Pero la cuestión no es saber si los jueces justifican sus decisiones y si estas justificaciones reflejan realmente el razonamiento que ha sido seguido o si se trata únicamente de un ropaje. La cuestión es saber si, a condición de quererlo, podrían tomar esa decisión u otra; y la respuesta parece ser claramente afirmativa: "hay un rasgo de esta posibilidad en el hecho de que, en el seno de los tribunales se vota y que con un desplazamiento del voto la decisión contraria podría haber sido tomada. En la medida en que no hay recurso posible, la decisión, cualquier que sea, aun absurda, es jurídicamente válida y se impone en el orden jurídico"³⁶.

³⁵ TROPPER, Michel: "El poder judicial y la democracia", cit., pág. 59.

³⁶ TROPPER, Michel: "El poder judicial y la democracia", cit., pág. 59.

Escribe en este sentido Santiago Sánchez lo siguiente: "a título particular, en mi condición de ciudadano español, confesaré para concluir, que cada vez que leo una sentencia del TC cuyos fundamentos discurren siguiendo la línea de la argumentación construida sobre la base del juicio de la ponderación, no puedo evitar sentirme ante dicho Tribunal como Alicia ante Humpty Dumpty en aquel famoso dialogo: "Te has cubierto de gloria

-No sé qué es lo que quiere decir con eso de 'gloria' -observó Alicia.

Humpty Dumpty sonrió despectivamente. -Pues claro que no.. y no lo sabrás hasta que yo te lo diga. Quiere decir 'ahí te he dado con un argumento que te ha dejado totalmente apabullada'.

-Pero 'gloria' no significa 'un argumento que deja totalmente apabullado' -objetó Alicia

-Cuando yo uso una palabra -insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso- quiere decir lo que yo quiero que diga... , ni más ni menos.

-La cuestión -insistió Alicia- es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes

-La cuestión -zanjó Humpty Dumpty- es saber quién es el que manda... , eso es todo".

Una de las más recurrentes respuestas a favor de la supremacía del juez constitucional sobre el poder legislativo procede del llamado “originalismo”, que se configura como uno de los primeros métodos interpretativos propuestos para salvar los méritos democráticos de las decisiones judiciales que hacen uso de la revisión judicial. De acuerdo con esta teoría, la Constitución debe interpretarse a la luz de las intenciones originales de quienes la redactaron. Esta es –dicen los originalistas– la única manera de salvar el carácter democrático de las decisiones judiciales. La estrategia originalista sugiere, además –continúa Linares³⁷– que el hecho de que existan preceptos constitucionales vagos o ambiguos, o conceptos esencialmente controvertidos, no obliga sin más a practicar una conducta de deferencia con el legislativo, porque si sucede que los jueces pueden despejar esas indeterminaciones jurídicas indagando las intenciones de los “artífices” de la Constitución, entonces pueden legítimamente vetar una ley que a primera vista parece de dudosa constitucionalidad; los jueces no estarían, en tal caso, creando Derecho o imponiendo sus convicciones morales sino simplemente haciendo respetar la voluntad popular.

Esta doctrina es muy antigua, data de los inicios del constitucionalismo y estuvo ya presente, por ejemplo, en los debates constitucionales norteamericanos previos a la adopción del texto de 1787, cuando los llamados “antifederalistas” reprochaban al proyecto de Constitución el tratamiento que en él se hacía del poder judicial, pues opinaban que, dado que las leyes federales iban a ser jerárquicamente superiores a las de los distintos estados, y puesto que se iba a establecer un Tribunal Supremo federal que velaría por su cumplimiento, “se concedía un enorme poder sobre asuntos cotidianos vitales de los hombres a un pequeño grupo de jueces no elegidos democráticamente, a una aristocracia irresponsable ante el pueblo, [...] que podría gradual e irresistiblemente usurpar los poderes de las partes más populares del gobierno”. Situación que se agravaba, además, con la institución del control judicial de la Constitución, pues, como advertía Brutus –seudónimo bajo el que escribía uno de los más destacados antifederalistas–, “si el legislativo aprueba alguna ley contradictoria

(SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago: “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 12/13, 2003, pág. 30).

³⁷ Vid. LINARES, Sebastián: *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit., pág. 102.

con la interpretación que los jueces hacen de la Constitución, ellos la declararán nula; y, por tanto, en este aspecto, su poder es superior al legislativo”³⁸.

La respuesta que daban a tales argumentos los partidarios de la nueva Constitución era que tal potestad del Poder Judicial partía de la idea de que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislativo con la finalidad fundamental de hacer que éste se mantenga dentro de los límites asignados a su autoridad sin vulnerar la de aquél que, al fin y al cabo, es el soberano. Ahora bien, la autoridad y la voluntad suprema del pueblo se expresa en la Constitución, por lo que si el Congreso legisla contra el texto fundamental, en realidad lo está haciendo contra la voluntad popular, por lo que sus decisiones deben ser anuladas. Pero “esto no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el legislativo, sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última en preferencia a las primeras”³⁹.

Estos argumentos parecen, a primera vista, impecables, y, no obstante, son muchas las críticas que ha suscitado. Así, por un lado, el originalismo parece instituir un dualismo que no afecta ya a la democracia sino al pueblo mismo: se tendría que sostener que el pueblo que ejerce el poder legislativo a través de sus representantes es diferente del que ejerce el poder constituyente; “además de las dificultades que nacen de la idea misteriosa de un pueblo así duplicado, donde uno solo de los componentes es el soberano, pero no puede ejercer por sí mismo esa soberanía ni tampoco ser representado, esta tesis encubre una contradicción interna”⁴⁰.

Por otra parte, el originalismo no siempre cancela las indeterminaciones jurídicas, pues muchas veces es posible hallar distintas intenciones originales; en casos así, ¿qué significa elegir? Pero es que, además, existe la denominada “objeción temporal”: ¿es genuinamente democrático que sean las intenciones de los “artífices” las determinantes en la interpretación constitucional? ¿Por qué las generaciones futuras han de estar obligadas por las intenciones de las

³⁸ STORING, Herbert J.: *What the antifederalists were for*, The University of Chicago Press, Chicago, 1981, pág. 50.

³⁹ MADISON, James, HAMILTON, Alexander y GRAY, John: *The federalist papers*, Penguin, Londres, 1987, pág. 438.

⁴⁰ TROPPER, Michel: “El poder judicial y la democracia”, cit., pág. 73.

generaciones pasadas? Admitir que los preceptos vagos o ambiguos de la constitución deban interpretarse según las intenciones de una generación precedente, supondría negar a la generación presente su derecho pleno a interpretar una Constitución que deja muchas preguntas abiertas; sería, en definitiva y dicho de forma un tanto abrupta, admitir el gobierno de los muertos sobre los vivos⁴¹.

Por todo ello, y a pesar de estos argumentos, parece oportuno que se establezcan algunos mecanismos de control de la discrecionalidad de las decisiones de un órgano que, como ya se ha mencionado, carece de legitimidad democrática directa y cuyas competencias son tan trascendentales, con el fin de evitar, por un lado, la posibilidad de que se vulnere el principio de igualdad y, por otro, que sus opciones ideológicas, políticas o morales prevalezcan sobre las de la sociedad. De lo que se trata, en definitiva, es de acercarnos lo máximo posible al ideal del “gobierno de las leyes, no de los hombres”⁴².

Dos son las medidas que se podrían aventurar y esbozar sucintamente en estas páginas: la primera, el reforzamiento de la vinculación al precedente de los tribunales en general y del Tribunal Constitucional en particular; la segunda, buscar fórmulas para dotar de una mayor legitimidad democrática y representatividad al alto tribunal.

Así, en primer lugar, como señala Isabel Garrido⁴³, la Ciencia del Derecho muestra un interés cada vez mayor por el valor de los precedentes como consecuencia, seguramente, del acercamiento de los sistemas jurídicos continentales y de *common law* y de la evolución del modelo de razonamiento jurídico. Y es que, sin duda, la práctica del precedente posee una relevancia mayor de la que tradicionalmente se le ha dado en nuestro Ordenamiento.

En efecto, entre otras virtudes, el precedente materializa el principio de igualdad porque hace necesario que se dé un tratamiento normativo igual a los

⁴¹ Vid. LINARES, Sebastián: *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit., pág. 102.

⁴² Señala en este sentido Endicott que ya Aristóteles era consciente de que el imperio de la ley podía ser imposible debido a la indeterminación jurídica, y que, en efecto, con frecuencia parece que no hay ninguna escapatoria al gobierno de los hombres. Indica también que “para dar sentido al ideal del imperio de la ley, tenemos que dar sentido necesariamente a la función creativa de los jueces (...) esto significa que ‘el gobierno de las leyes, no de los hombres’ es una figura retórica del gobierno de las leyes, *libres del abuso de los hombres*” (ENDICOTT, Timothy A.O.: *La vaguedad en el Derecho*, cit., pág. 289).

⁴³ Vid. GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, cit., pág. 273.

supuestos que reúnen condiciones fácticas semejantes. Ciertamente, el principio de igualdad en la aplicación judicial de las leyes precisa que no sea posible modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente idénticos y, cuando los jueces estimen que debe haber un apartamiento de sus precedentes, la fundamentación habrá de ser suficiente y razonable. De este modo, "los precedentes aportan una mayor fuerza fundamentadora, puesto que conllevan unos criterios de interpretación que han de estimarse por el juzgador para asegurar la reflexividad de sus nuevos criterios discrepantes"⁴⁴.

Más en concreto, el respeto al principio de igualdad debería implicar el respeto a estos otros tres principios: el primero expresa la necesidad de no otorgar la posibilidad (no motivada expresamente) a los tribunales de modificar decisiones ya consolidadas sin que se produzcan cambios en las normas; el segundo se mueve en torno a la exigencia de previsibilidad que acompaña al Derecho y que debe afectar también a los órganos judiciales; el tercero se proyecta en la credibilidad de los tribunales, la cual aumenta sin duda cuando las diferentes decisiones pueden estructurarse de una manera coherente sin que se aprecien grandes oscilaciones⁴⁵.

Y sin embargo, sí existen reticencias desde distintos ámbitos jurídicos a conceder un excesivo valor vinculante al precedente, so pretexto de que, por un lado, podría suponer un atentado a la independencia judicial y, por otro, podría llevar a un anquilosamiento del Derecho, al impedir su necesaria evolución interpretativa⁴⁶.

⁴⁴ GARRIDOGÓMEZ, M^a Isabel: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, cit., pág. 271.

⁴⁵ Vid. ASÍS ROIG, Rafael: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, cit., pág. 195.

⁴⁶ El mismo Tribunal Constitucional español se ha mostrado, con carácter general, reticente a la hora de aceptar explícitamente la fuerza del precedente. Las razones que explican esa reticencia parecen radicar en la posible petrificación que, según el Tribunal Constitucional, llevaría la aceptación sin reservas del mismo: "el artículo 14 de la Constitución no impone al órgano judicial que, en su función de aplicar el Derecho, haya de atenerse siempre al precedente para resolver cuestiones sustancialmente iguales, sin poder alterar sus criterios interpretativos, lo que conduciría a una petrificación de la experiencia jurídica y a cerrar toda posible evolución en la interpretación del Ordenamiento" (STC100/1988, FJ.3^o).

No obstante, ambos argumentos pueden ser rebatidos. En el caso del primero, Rafael de Asís⁴⁷ puntualiza que con la consideración de que la independencia judicial se vería vulnerada en caso de exigir la vinculación al precedente (o, más correctamente, en caso de exigir la motivación expresa de los cambios en los criterios decisorios), se está defendiendo la posibilidad de que exista un poder público no vinculado a todos los principios constitucionales y que además pueda actuar sin una sujeción clara e incluso de forma arbitraria. Este tipo de argumentos no tienen en cuenta que la independencia judicial no se produce frente al Derecho. Un juez, como todo poder público, debe resolver casos iguales de idéntica forma, salvo que existan razones para no hacerlo, que deberá explicar.

Señala, en este sentido, Marina Gascón⁴⁸ que aunque el Derecho no ofrezca siempre una única respuesta correcta descubrible de igual forma *por cualquier intérprete*, hemos de suponer que dicha respuesta sí existe *para cada intérprete* individualmente considerado. En consecuencia, manteniéndose constantes las circunstancias de hecho y el marco normativo, cabe decir que es una exigencia de la argumentación racional que el intérprete formule siempre una única respuesta en presencia de los mismos supuestos; y es una exigencia de la argumentación racional porque lo que está aquí en juego no es algún resultado obtenido tras un debate intersubjetivo, sino una de las reglas fundamentales que ha de observar todo participante en un discurso práctico general, a saber: “todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes”.

Respecto a la segunda objeción señalada, puede sostenerse que la vinculación al precedente no promueve el inmovilismo, sino la garantía de igualdad y seguridad. Las decisiones pueden variar y, de hecho, hay varios mecanismos para ello, pero parece obligado justificar el porqué del cambio, sobre todo cuando no han variado las normas y las circunstancias son parecidas. Es evidente que el intérprete debe adaptar las distintas situaciones al momento social y a sus circunstancias pero, en este sentido, la defensa del valor del precedente

⁴⁷ ASÍS ROIG, Rafael: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, cit., pág. 297.

⁴⁸ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 28 y 29.

solo va en la línea de exigir que el abandono de criterios anteriores se justifique expresamente⁴⁹.

Por otro lado, no cabe duda de que el precedente debería vincular también al propio Tribunal Constitucional, sobre todo porque si, como hemos visto, “el desarrollo de una argumentación racional no puede asegurar en todo caso el consenso ni la unidad de solución justa, en especial cuando ha de operar sobre el más o menos inestable mundo de valores y principios, parece que el respeto al propio precedente, como exigencia del principio formal de universalidad, se convierte en una última garantía de seguridad y certeza”⁵⁰.

Respecto al reforzamiento de la legitimidad democrática y de la representatividad de los tribunales constitucionales, señala Barranco Avilés⁵¹ que, precisamente, un problema fundamental, pendiente en el contexto del Estado constitucional, es la construcción de una teoría desde la que se legitime la posibilidad de que las interpretaciones del Tribunal Constitucional prevalezcan sobre las del Parlamento. Este debate se enmarca en la sempiterna pugna entre derechos y democracia; como escribe, de nuevo Barranco Avilés, “en un modelo ideal, los derechos humanos y la democracia no se contraponen: la democracia se fundamenta desde los derechos como una exigencia de la autonomía y los derechos suponen un requisito de corrección de la decisión democrática; en el modelo real, sin embargo, la tensión es inevitable”⁵².

En este contexto Habermas⁵³ puede ser citado como un defensor de la primacía de la democracia sobre los derechos y, en la cuestión que nos ocupa, de la “primacía” del Parlamento sobre el Tribunal Constitucional, respecto a cuya actividad expresa sus recelos.

⁴⁹ Así lo manifestaba, por ejemplo, Larenz: “el juez no debe aceptar, en cierto modo ‘ciegamente’, el precedente. No sólo está facultado, sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado, o si la cuestión, en él rectamente resuelta para su tiempo, tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio de la situación normativa o de todo el orden jurídico” (LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 430).

⁵⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina: “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, cit., pág. 83.

⁵¹ Vid. BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen: *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., pág. 134.

⁵² BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen: *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., pág. 132.

⁵³ Vid. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez, Trotta, Madrid, 1998, págs. 314-332.

Así, a su juicio, la competencia del Tribunal Constitucional sólo se legitima en tanto en cuanto se utilice para asegurar los derechos entendidos como condiciones de la autonomía pública y privada de los ciudadanos y, por lo mismo, de la democracia. Los derechos, pues, no deben interpretarse como valores, sino como condiciones procedimentales de la democracia que hacen posible la formación en libertad de la opinión y de la voluntad política. Y en cuanto al control abstracto de constitucionalidad, en el esquema de división de poderes exigido por la teoría del discurso, Habermas propone un modelo de control constitucional alternativo en el que las funciones del Tribunal Constitucional aparezcan reducidas a favor del Parlamento, que goza de legitimidad democrática por excelencia, esto es, el propio Parlamento sería el que lleve a cabo la revisión de su decisión mediante alguna fórmula de autocontrol. Al respecto, afirma este autor, que “es digna de tenerse en cuenta la consideración de si la revisión de tal decisión parlamentaria no podría efectuarse a su vez en forma de un autocontrol del legislador mismo, organizando tal autocontrol a modo de tribunal e, institucionalizándolo, por ejemplo, en una comisión parlamentaria compuesta también por profesionales del Derecho”.

Quizás no sería preciso llegar tan lejos, pero lo que sí parece necesario es reforzar la exigencias de racionalidad y de argumentación de los altos tribunales y, sobre todo, dotarlos de una mayor legitimidad democrática de origen -ya se ha señalado que nadie pone en duda su legitimidad de ejercicio- por medio de la instauración de unos procedimientos de elección de sus miembros más abiertos al conjunto de la ciudadanía, de modo que algunos de ellos fueran designados por organismos, instituciones, asociaciones y corporaciones de todo tipo representativas de la sociedad civil.

No debemos perder nunca de vista, en definitiva, que, como puntualiza David Lyons, la interpretación jurídica (en cuanto a descubrir el significado específico o las implicaciones de la ley vigente) no es un fin en sí misma sino que es un instrumento para la sentencia, que afecta a importantes intereses humanos; esto es, las decisiones judiciales no deben considerarse únicamente como proposiciones jurídicas, sino como aquello que se hace a las personas en nombre de la ley, y las consecuencias de estas decisiones judiciales van a repercutir profundamente en bienes tan valiosos como nuestra fama, nuestro capital, nuestra libertad y, en algunos lugares, incluso nuestra vida⁵⁴.

⁵⁴ LYONS, David: *Aspectos morales de la Teoría jurídica*, Gedisa, Barcelona, 1998, pág. 265.

LA APLICACIÓN DEL DERECHO CANÓNICO EN ESPAÑA: LA EFICACIA CIVIL DE LAS DECISIONES ECLESIAÍSTICAS DE NULIDAD Y DISOLUCIÓN MATRIMONIAL

Raquel Tejón Sánchez

Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid

1. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL

El reconocimiento de la libertad de conciencia en la Constitución española de 1978 cambia radicalmente el modo de entender la relación entre los poderes públicos y el fenómeno ideológico. La necesidad de tutelar este derecho fundamental en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos, obliga a abandonar el anterior modelo de Estado confesional¹ y dar paso a un Estado laico², informado por los principios de personalismo, igualdad, libertad y neutralidad, que, no obstante, ordena a los poderes públicos cooperar con los grupos religiosos en la medida en que sea necesario para hacer efectiva la libertad de conciencia de todos los ciudadanos³.

Siendo la celebración de ritos matrimoniales uno de los elementos integrantes del contenido esencial de la libertad religiosa⁴, el nuevo modelo de relación entre los poderes públicos y la libertad ideológica y religiosa de los ciudadanos

¹ Sobre el modelo vigente durante el régimen franquista vid. LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia I. Conciencia, tolerancia y laicidad*, Civitas, 4ª ed., Madrid, 2011, pp. 163 a 170.

² STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.

³ Sobre la configuración del sistema español vigente y los principios constitucionales que informan el mismo vid. LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia I...*, op. cit., pp. 295 y ss.

⁴ Art. 2.1.b) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (B.O.E. núm. 177, de 24 de julio de 1980).

tuvo su reflejo en el sistema matrimonial español, entendido éste, en palabras de SUAREZ PERTIERRA, como el complejo normativo mediante el cual el Estado disciplina las formalidades, requisitos y efectos del matrimonio, “*incluyendo el conjunto de procedimientos mediante los cuales se regula la conexión entre matrimonio civil y matrimonio religioso o confesional*”⁵.

Ya no resultaba posible mantener el sistema matrimonial previo, de tipo facultativo o latino, en el que existían dos tipos diferentes de matrimonio: el matrimonio canónico y el matrimonio civil subsidiario. De conformidad con dicho sistema, el matrimonio civil solo era válido para quienes probaran no profesar la religión católica en el momento de contraer matrimonio, mientras que el matrimonio canónico era obligatorio siempre que uno de los futuros cónyuges fuera católico, de manera que la Iglesia católica veía reconocida su potestad para determinar tanto la forma, como los requisitos de capacidad y efectos del matrimonio de los ciudadanos católicos, y la jurisdicción canónica conocía con carácter exclusivo sobre las causas concernientes a estos matrimonios, teniendo sus resoluciones un reconocimiento automático en el ámbito civil⁶.

Este sistema matrimonial fue sustituido por uno de tipo anglosajón, de matrimonio único con una pluralidad de formas, en el que los ciudadanos pueden optar, sobre la base de sus convicciones personales, por la forma civil o una de las formas religiosas a las que el ordenamiento vigente reconozca eficacia civil⁷. Aunque en un primer momento solo se reconoció esta eficacia civil al matrimonio en forma canónica, en los términos previstos por el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos firmado entre el Estado español y la Santa Sede en enero de 1979⁸, la firma de acuerdos de cooperación con otras confesiones en 1992 supuso el reconocimiento de dicha eficacia a otras formas matrimoniales⁹, en

⁵ *Derecho matrimonial comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 24.

⁶ Vid. CUBBILLASRECIO, L. M.: *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al Derecho del Estado*, Universidad de Valladolid-Caja de Ahorros y M.P. de Salamanca, Valladolid, 1985, pp. 142 a 156.

⁷ Vid. arts. 49, 59, 60 y 63 del Código Civil.

⁸ Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 y ratificado el 4 de diciembre de ese mismo año (B.O.E. núm. 300, de 15 de diciembre). En adelante A.A.J.

⁹ Sobre el alcance de la eficacia civil de estos matrimonios vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1995, pp. 187 a 197 y PARDO PRIETO, P.C.: *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 383 a 388.

concreto a los matrimonios celebrados “ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España”¹⁰, “según la propia normativa formal israelita ante los ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España”¹¹ o “según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica”¹².

En la medida que solo hay un tipo de matrimonio, el ordenamiento estatal es el único competente para determinar los requisitos de capacidad y efectos del vínculo matrimonial, y sus tribunales los únicos competentes para pronunciarse al respecto¹³.

2. LA EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES MATRIMONIALES ECLESIASTICAS

Pese a lo expuesto hasta aquí, existe alguna previsión en ese complejo normativo que viene a configurar el sistema matrimonial vigente, que parece poner en entredicho la consideración del mismo como un sistema anglosajón, e incluso la neutralidad de los poderes públicos y más concretamente, la necesaria separación entre el Estado y las confesiones religiosas.

Se trata de la posibilidad que el apartado segundo del art. VI del AAJ otorga a quienes hayan optado por la forma canónica de celebración para “a tenor de las disposiciones del derecho canónico, [...] acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado”, y solicitar posteriormente que estas resoluciones eclesiásticas tengan eficacia en el orden civil “si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente”.

¹⁰ Art. 7.1 del Acuerdo entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Ley 24/1992, de 10 de noviembre, B.O.E. núm. 272, de 12 de noviembre).

¹¹ Art. 7.1 del Acuerdo entre el Estado español y la Federación de Comunidades Israelitas de España (Ley 25/1992, de 10 de noviembre, B.O.E. núm. 272, de 12 de noviembre).

¹² Art. 7.1 del Acuerdo entre el Estado español y la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre, B.O.E. núm. 272, de 12 de noviembre).

¹³ Sobre la aplicación del principio de unidad jurisdiccional en materia matrimonial vid. CUBILLAS RECIO, L. M.: *El sistema matrimonial español...*, op. cit., pp. 270 y ss. y MARTINELL, J.M.: “Eficacia civil de las resoluciones canónicas sobre nulidad o disolución del matrimonio en el ordenamiento español”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. I, 1985, pp. 239 y 240.

Esta posibilidad fue recogida posteriormente por el Código Civil en su art. 80, de conformidad con la redacción dada al mismo por la Ley 30/1981¹⁴, que añadió un requisito para que el juez civil entienda que estas resoluciones eclesiásticas se ajustan al Derecho del Estado: que las mismas sean “*conforme a las condiciones a que se refiere el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”¹⁵

Las disposiciones legales arriba aludidas llevaron a un importante sector doctrinal a afirmar la competencia de la jurisdicción católica para determinar la nulidad y disolución de los matrimonios canónicos no solo en su propio ámbito, sino también en el civil¹⁶. Ello supondría, a su vez, cuestionar la configuración del sistema matrimonial español como sistema matrimonial de tipo único¹⁷ y, en consecuencia, la neutralidad del Estado.

Sin embargo, a lo largo del presente trabajo intentaremos demostrar que la necesidad de interpretar las disposiciones del pacto con la Iglesia católica y del propio Código Civil de conformidad con las previsiones constitucionales¹⁸, impide optar por esta última posición.

Como sostiene el profesor CUBILLAS, con el reconocimiento de eficacia civil a las resoluciones eclesiásticas de nulidad y disolución dictadas por los tribunales eclesiásticos se intentó “evitar un posible mal como es el de radicalizar posturas en un momento de la transición política”¹⁹, pero más de treinta

¹⁴ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (B.O.E. núm. 172, de 20 de julio).

¹⁵ El art. 80 del Código Civil se refería, obviamente, a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que en este artículo hacía referencia a los requisitos para que una sentencia extranjera sea reconocida en España. El precepto permanece aun vigente en tanto no entre en vigor la Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, de conformidad con lo previsto por la Disposición Derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (Ley 1/2000 de 7 de enero, B.O.E. núm. 7, de 8 de enero de 2000).

¹⁶ BERNÁRDEZ CANTÓN, A.: “La declaración de ajuste en el contexto del sistema matrimonial español”, en *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 39 a 41.

¹⁷ Vid. LARRAINZAR, C.: “Libertad religiosa y reconocimiento civil del matrimonio canónico”, en *Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad plural. Estudios en honor del Dr. D. Lamberto de Echeverría*, Universidad de Salamanca, 1987, pp. 331 y 332; LOPEZ ALARCON, M.: *El nuevo sistema matrimonial español*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 29 a 40 y DESALAZAR, J.: “La cláusula de ajuste al Derecho del Estado en la eficacia civil de las sentencias eclesiásticas de nulidad del matrimonio”, en *Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad plural*, op.cit., pp. 351 a 355.

¹⁸ STC 265/1988, de 22 de diciembre, FJ 5.

¹⁹ *El sistema matrimonial español...*, op.cit., pp. 209 y 314.

años después, no es posible dar a este reconocimiento una interpretación que sobrepase los límites de la libertad e igualdad religiosa. Y ésto es precisamente lo que sucedería al optar por una interpretación favorable a la existencia de distintos tipos de matrimonio.

2.1. El ajuste al Derecho del Estado

La cuestión central es la interpretación que se otorgue a la denominada “*clausula de ajuste al Derecho del Estado*” que introduce el art. VI del A.A.J., y los requisitos procesales añadidos por el art. 80 del Código Civil, al hacer referencia al art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La doctrina no ha sido unánime a la hora de llevar a cabo la interpretación de esta cláusula, existiendo posiciones muy distintas, que tienen su origen en la ambigüedad de la expresión que utilizó la norma²⁰. Dicha ambigüedad se explica, a su vez, por el momento en que se elaboraron los acuerdos con la Santa Sede²¹, que fueron “negociados en paralelo a la Constitución y concluidos con anterioridad a ella”²² si bien el Derecho civil ordinario no ha venido a solucionar el problema²³.

En concreto, la fórmula empleada por el acuerdo ha sido objeto fundamentalmente de tres interpretaciones contrapuestas²⁴: la de aquellos que entienden que la labor del juez civil debe limitarse a la revisión formal de la resolución eclesíástica para homologar la misma; la de quienes equiparan la cláusula al

²⁰ CUBILLAS RECIO, L. M.: *Ibid.*, p. 209.

²¹ Vid. BERNÁRDEZ CANTÓN, A.: “La declaración de ajuste en el contexto...”, op. cit., p. 56 y REINA, V. y MARTINELL, J. M.: *Curso de Derecho matrimonial*, Marcial Pons, Barcelona, 1995, p. 181.

²² FERNANDEZ-CORONADO, A.: Prólogo a PEREZ ALVAREZ, S.: *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos en el Derecho español. La cuestión del ajuste al orden público constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 19.

²³ La reforma operada en el Código Civil en 1981, tan solo dos años después de la firma de los acuerdos con la Santa Sede, seguramente no era el momento para intentar alcanzar esa solución, pero, como afirma PEREZ ALVAREZ, en el año 2000 con motivo de la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil el legislador “podía haber aprovechado la ocasión para delimitar de manera clara y concisa los límites a los que quedan sometidas estas decisiones en el ordenamiento jurídico español” y tampoco lo hizo (*Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos...*, op. cit., p. 25).

²⁴ Las distintas posiciones doctrinales sobre la interpretación de la cláusula son expuestas y analizadas pormenorizadamente por CUBILLAS RECIO, L. M.: *El sistema matrimonial español...*, op. cit., págs. 228 a 230 y por PEREZ ALVAREZ, S.: *Ibid.*, pp. 110 a 137.

mero control de licitud de la sentencia canónica; y la de quienes creen que para declarar ajustada al Derecho del Estado una resolución eclesiástica de nulidad o disolución es necesaria la revisión material o de fondo de dicha resolución.

2.1.1. En el primer caso, el de aquel sector doctrinal que aboga por el control meramente formal de la decisión eclesiástica²⁵, se afirma que el juez civil debe limitarse a comprobar que no se han vulnerado los principios generales del Derecho procesal español, y este control consiste precisamente en verificar que la resolución reúne los requisitos establecidos expresamente en el art. 954 LEC, esto es:

- Que *“haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal”*, cuestión que no plantea problemas prácticos, pues siempre se cumple en las resoluciones eclesiásticas de nulidad y disolución matrimonial²⁶;
- *“Que no haya sido dictada en rebeldía”*²⁷;
- Que reúna los requisitos necesarios para ser considerada como *“auténtica”*²⁸; a lo que la doctrina añade la firmeza de la resolución²⁹ y la competencia del tribunal que la dictó³⁰; y
- Que se trate del cumplimiento de una obligación *“lícita en España”*. Para estos autores, y esto es lo que les diferencia de la segunda línea interpretativa, la cláusula de orden público se circunscribe a la mera verificación de que se trata de una resolución de nulidad o disolución de matrimonio rato y no consumado. Ello porque, dado que nulidad y disolución matrimonial son nociones admitidas por el ordenamiento civil, estas sentencias siempre se ajustan al orden público, son *“lícitas”*

²⁵ Vid. CUBILLAS RECIO, L. M.: *Ibid.*, p. 229.

²⁶ Vid. REINA, V.: *Lecciones de Derecho Matrimonial*, PPU, 1983, p. 251 y MARTINELL, J. M.: *“Eficacia civil de las resoluciones canónicas...”*, op. cit., p. 259.

²⁷ Esta cuestión será abordada posteriormente con mayor detalle (vid. infra, apartado 2.2.1).

²⁸ Para que sea considerada auténtica, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil será necesario que esté traducida al castellano (art. 144) y haya sido otorgada en documento público (art. 323).

²⁹ Vid. LOPEZ ALARCON, M y NAVARRO-VALLS, R.: *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 2010, p. 492.

³⁰ Vid. PEREZ ALVAREZ, S.: *“La eficacia civil de las resoluciones canónicas de nulidad y de disolución matrimonial en el Derecho español y en el Derecho de la Unión Europea”*, en SUAREZ PERTIERRA, G. (coord.): *Derecho Matrimonial Comparado*, op. cit. p. 235.

por tanto, con independencia de la causa concreta en la que se basó el tribunal eclesiástico para declarar nulo o disuelto el matrimonio³¹.

2.1.2. La segunda línea interpretativa se diferencia de la anterior en entender que es posible un cierto control material de la resolución eclesiástica³², si bien este control no implica una revisión de fondo de la misma, sino únicamente verificar que no entra en contradicción con el orden público, ya se trate únicamente del orden público constitucional o se añadan también los principios informadores del sistema matrimonial español³³.

2.1.3. Sin embargo, la necesidad de interpretar la cláusula de ajuste al Derecho del Estado de conformidad con el texto constitucional, excluye estas dos primeras opciones y obliga a afirmar la necesidad de una revisión material o de fondo del contenido de la sentencia canónica por parte del juez civil, junto con la revisión formal, para determinar si puede considerarse ajustada al Derecho del Estado.

De acuerdo con esta interpretación, sólo podrán adquirir eficacia civil aquellas resoluciones eclesiásticas cuyos supuestos de hecho puedan subsumirse en algunas de las causas de nulidad previstas por el ordenamiento español. Es decir, se trata de verificar que, además de reunir los requisitos formales previstos por el art. 954 LEC, aplicando al supuesto de hecho recogido por la resolución eclesiástica el Derecho del Estado, se llegaría a la misma solución³⁴.

³¹ Vid. DESALAZAR, J.: "La cláusula de ajuste al Derecho del Estado...", op. cit., p. 375 y REINA, V.: *Lecciones de Derecho Matrimonial*, op. cit., p. 231.

³² Sobre los matices existentes entre los distintos autores que pueden incluirse en esta línea interpretativa vid. PEREZ ALVAREZ, S.: *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos...*, op. cit., pp. 120 a 126.

³³ BERNÁRDEZ CANTÓN, A.: "La declaración de ajuste en el contexto...", op. cit., p. 56; LOPEZ ALARCON, M.: "El matrimonio canónico con efectos civiles en el Derecho español", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986, pp. 191 y 192; NAVARRO-VALS, R.: "La posición jurídica del matrimonio canónico en la ley de 7 de julio de 1981", en *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, op. cit., pp. 545 a 549 o SOUTO PAZ, J.A.: *Derecho matrimonial*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 248.

Esta es la interpretación que parece asumir el T.S. en sentencias de 5 de marzo de 2001 (FJ 3), 8 de marzo de 2005 (FJ 3) y 23 de marzo de 2005 (FJ 1).

³⁴ Como señala CUBILLAS, no se trata de realizar una "comparación in abstracto" de las causas de nulidad, pues pueden existir supuestos que pese a coincidir en el nombre, posean en el ordenamiento canónico un significado muy distinto al que le otorga el ordenamiento español. Es necesario que la coincidencia se produzca "in concreto": no sólo debe existir una correspondencia en el nombre, sino también en los hechos que dan lugar a la causa de nulidad (*El sistema matrimonial español...*, op. cit., pp. 250 y 251).

No obstante, la labor del juez al a hora de llevar a cabo ese control material varía sustancialmente en función del supuesto de nulidad o disolución que da lugar a la resolución canónica:

- a) Cuando se trata las resoluciones de nulidad por defecto de forma, dado que en este caso si existe una remisión a las normas de Derecho canónico que regulan las formalidades del matrimonio, el juez debe aceptar la decisión de fondo pues, en la medida en que se trata de una remisión material, estas normas canónicas sobre la forma de celebración pasan a formar parte del ordenamiento civil y el juez civil al hacer suya la resolución canónica está aplicando una norma civil. En este caso, por tanto, debe comprobar que la resolución eclesiástica reúne los requisitos formales del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁵.
- b) Algo parecido sucede en el caso de los rescriptos pontificios sobre disolución del matrimonio rato y no consumado. Dado que la legislación civil vigente posibilita la disolución del matrimonio sin necesidad de alegar y probar una causa concreta, con el único requisito de que hayan transcurrido 3 meses desde la celebración (con excepción de los supuestos de violencia), el juez civil debe verificar, junto al cumplimiento de los requisitos procesales del art. 954 LEC, que efectivamente ha transcurrido ese plazo mínimo desde la celebración³⁶.
- c) Cuando se trata de una resolución de nulidad basada en la existencia de un impedimento, falta o defecto de capacidad o consentimiento, el

³⁵ Vid LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *El sistema matrimonial español...*, op. cit., p. 277.

³⁶ Vid. PEREZ ALVAREZ, S.: *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos...*, op. cit., pp. 459 y 460.

La cuestión era distinta con anterioridad al año 2005, cuando era necesaria una causa civil de divorcio. Este dato era alegado por algunos autores como argumento en contra de la posibilidad de revisión material de las resoluciones eclesiásticas. En este sentido se afirmaba que, de admitirse dicha revisión de fondo, no se podrían homologar en ningún caso los rescriptos sobre disolución del matrimonio rato y no consumado, pues para el ordenamiento civil la falta de consumación no era una causa de disolución.

Sin embargo, como afirma LLAMAZARES, en estos rescriptos la causa de disolución no es la inconsumación en sí misma, sino el "fracaso matrimonial sin previsión de superación de futuro". De conformidad con el canon 1698.1 del vigente Código de Derecho Canónico, para otorgar la dispensa, la Sede Apostólica "juzga sobre el hecho de la inconsumación del matrimonio y la existencia de justa causa". Esto suponía una coincidencia con las causas civiles de divorcio, ya que todas pueden reconducirse a esa categoría general de "fracaso matrimonial" sin posible solución (*Derecho de la libertad de conciencia II...*, op. cit., p. 433).

juez civil deberá entrar a examinar el fondo del asunto y comprobar si aplicando las normas civiles a los hechos ya probados por la resolución canónica llegaría a la misma solución que ésta³⁷. No se trata de la no contradicción entre la causa canónica de nulidad y el orden público, sino de la conformidad de ambas causas.

Ésta es la interpretación de la cláusula de ajuste al Derecho del Estado por la que abogamos, por ser la única opción que permite salvar la constitucionalidad del modelo. Y ello por las razones que exponemos a continuación.

- La primera de las interpretaciones, la que reclama la revisión meramente formal de las resoluciones eclesiales, implica admitir la dualidad de jurisdicciones en lo relativo al matrimonio y, por tanto, la vigencia de un sistema matrimonial latino, con distintos tipos matrimoniales, así como la remisión material por parte del ordenamiento jurídico español a la normativa matrimonial canónica³⁸, incluyendo dicha remisión no solo la normativa que regula la forma de celebración, sino también a los elementos constitutivos y extintivos del matrimonio³⁹. Esta opción plantea problemas de compatibilidad con distintos preceptos y principios constitucionales:
 - a) vulnera frontalmente lo previsto en el art. 32.2 CE, que reserva a la ley (del Estado obviamente) la regulación de los requisitos de capacidad para contraer matrimonio, las causas de disolución y sus efectos⁴⁰;
 - b) vulnera igualmente los principios de unidad y exclusividad de la jurisdicción civil proclamados por el art. 117 de la C.E. La potestad jurisdiccional, que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y se extiende a todo tipo de procesos, también los matrimoniales, se encomienda en exclusiva a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial, estando prohibido otorgarla a órganos y jurisdicciones especiales, salvo las excepciones previstas por la propia CE

³⁷ LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *El sistema matrimonial español...*, op. cit., p. 277.

³⁸ Sobre las técnicas de relación entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos confesionales vid. LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia I...*, op. cit., pp. 43 a 48.

³⁹ CUBILLASRECIO, L. M.: *El sistema matrimonial español...*, op. cit., pp. 250 y 251.

⁴⁰ *Ibid.* p. 231.

- (jurisdicciones especiales como la militar, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal Constitucional o los tribunales consuetudinarios)⁴¹;
- c) y vulnera, por último, la laicidad del Estado español proclamada en el art. 16.3 de la C.E. y que, en palabras del TC, impide cualquier tipo de confusión entre sujetos, actividades y fines religiosos y estatales⁴².
- La segunda de las interpretaciones aludidas, la que equipara la cláusula de ajuste al control de licitud de las resoluciones eclesiásticas (no contradicción con el orden público), posibilita "el reconocimiento de efectos civiles a sentencias canónicas basadas en capítulos de nulidad que no tienen correlato en el orden civil"⁴³. Vulnera así la igualdad entre los individuos, en la medida que posibilita la existencia de un privilegio para los católicos, que podrían obtener una declaración de nulidad o la disolución de su matrimonio por causas que no darían lugar al mismo pronunciamiento para el resto de ciudadanos, sometidos a lo dispuesto por el ordenamiento civil⁴⁴.

2.2. Eficacia civil de resoluciones canónicas y principios constitucionales

La posibilidad de otorgar eficacia civil a las resoluciones eclesiásticas de nulidad y disolución matrimonial tiene su fundamento, al igual que el reconocimiento de eficacia civil a las formas religiosas de celebración, en la cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas a la que alude el art. 16.3 de la C.E.

Pero este principio de cooperación debe ser tenido en cuenta en sus justos términos: teniendo en cuenta que se trata de una proyección de lo previsto en el art. 9.2. de la C.E. en el ámbito de la libertad de conciencia, esto es, se trata de cooperar para hacer real y efectiva la libertad religiosa de los ciudadanos,

⁴¹ CUBILLAS RECIO, L. M.: *Ibid.* pp. 270 a 275; PARDO PRIETO, P.C.: *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, op. cit., pp. 173 y 174; y PEREZ ALVAREZ, S.: *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos...*, op. cit., pp. 38 a 43.

⁴² STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1.

⁴³ PEREZ ALVAREZ, S.: *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos...*, op. cit., p. 124.

⁴⁴ CUBILLAS RECIO, L. M.: *El sistema matrimonial español...*, op. cit., p. 244 y PEREZ ALVAREZ, S.: *Ibid.*, p. 87.

removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Dicho en otros términos, la cooperación tiene su fundamento en el derecho de libertad de conciencia y, a la vez, tiene sus límites en la igualdad entre individuos y la laicidad del Estado⁴⁵.

Con la posibilidad de dotar de eficacia civil a las resoluciones matrimoniales eclesiásticas se trata de facilitar el ejercicio del derecho de libertad de conciencia, en concreto, de la libertad religiosa, pero no es obligado para garantizar la efectividad del derecho. Es una cuestión de facilidad, no de obligación (de cooperación posible, no necesaria)⁴⁶. La eficacia civil de las resoluciones matrimoniales eclesiásticas no forma parte del contenido esencial del derecho. Ni siquiera la eficacia jurídica de la forma religiosa de contraer. El único elemento que, de acuerdo con la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, forma parte de ese contenido esencial es el derecho a celebrar ritos matrimoniales y éste quedaría garantizado con el simple reconocimiento del derecho a celebrar el rito, sin otorgarle eficacia jurídica⁴⁷.

Se trata, en definitiva, de “respetar hasta donde sea posible la libertad de conciencia de los ciudadanos españoles católicos”, para los que, por razones de conciencia, sólo la jurisdicción eclesiástica puede decidir acerca de la nulidad o disolución de su matrimonio. Pero el ejercicio de dicha libertad no se vería obstaculizado si, una vez reconocida por el ordenamiento civil la posibilidad de acudir a la jurisdicción católica para obtener su pronunciamiento, fuera necesario acudir además a los tribunales del Estado para obtener su pronunciamiento con respecto a los efectos civiles del matrimonio⁴⁸.

⁴⁵ Sobre el contenido y límites del mandato de cooperación del art. 16.3 de la C.E. vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia I...*, op. cit., pp. 354 a 361.

⁴⁶ Vid. MARTINELL, J. M.: “Matrimonio y libertad de conciencia”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 0, 2000, p. 104.

⁴⁷ FERNANDEZ-CORONADO, A.: Prólogo a PEREZ ALVAREZ, S.: *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos...*, op. cit., p. 21.

⁴⁸ LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *El sistema matrimonial español...*, op. cit., p. 276.

No compartimos en absoluto la opinión de DE SALAZAR, al afirmar que la necesidad de acudir a ambas jurisdicciones (la eclesiástica y la civil) y seguir dos procesos vulneraría el principio de igualdad, por otorgar un trato “discriminatorio” al ciudadano católico frente al ciudadano que no posee esas creencias religiosas, al que le bastaría un único proceso, el civil (“La cláusula de ajuste al Derecho del Estado...”, op. cit., p. 361). La vulneración de la igualdad por la falta de eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas fue rechazada por el propio T.C. en sentencia 66/1982, de 12 de noviembre (FJ 3).

No obstante, pese a que el reconocimiento de eficacia civil a las resoluciones matrimoniales religiosas no sea indispensable para remover ningún obstáculo que dificulte el ejercicio de la libertad religiosa (no es un elemento necesario para garantizar la efectividad de este derecho), es uno de los contenidos posibles de la cooperación entre poderes públicos y confesiones religiosas a la que aluden tanto el art. 16.3 de la C.E. como el art. 7 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Se trata, en palabras de LLAMAZARES, de un supuesto de “cooperación discrecional”⁴⁹ o “indiferente”⁵⁰.

Pero para que cualquier supuesto de cooperación sea admisible jurídicamente, es necesario que respete los límites derivados de la propia configuración del derecho en el que encuentra fundamento, el de libertad de conciencia, así como los límites infranqueables derivados de los principios de igualdad y laicidad⁵¹.

2.2.1. *La libertad de conciencia de los cónyuges*

Las exigencias derivadas de la propia configuración del derecho de libertad de conciencia de los cónyuges son varias:

En primer lugar, debe ser facultativo para el individuo tanto acudir a la jurisdicción eclesiástica para que se pronuncie, como obtener eficacia jurídica para las mismas. De ahí que la legislación vigente establezca esta posibilidad siempre “a solicitud de cualquiera de las partes”. No es posible la sumisión previa

Como señala acertadamente PARDO PRIETO, aunque la opción por un determinado modelo de familia puede constituir uno de los elementos de identidad de los grupos religiosos, “nuestro Estado –social, democrático, laico– no puede olvidar que su obligación principal es facilitar en condiciones de igualdad el máximo espacio para el desarrollo de la libertad individual desde la más rigurosa neutralidad ideológica, religiosa, cultural o ética, y definir, a partir de ahí, los instrumentos más idóneos a cualquier cooperación” (*Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, op. cit., p. 175).

⁴⁹ “Fuentes del Derecho y comunidad civil”, en BARRANCO, M. C., CELADOR, O. y VACAS, F. (coord.): *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 37.

⁵⁰ *Derecho de la libertad de conciencia II. Conciencia, identidad personal y solidaridad*, Civitas, 4ª ed., Madrid, 2011, p. 430.

⁵¹ Vid. LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Ibid.* Sobre la relación entre los principios de libertad de conciencia, laicidad y cooperación vid. PARDO PRIETO, P.C.: “Cooperación constitucional e internacionalidad de la Iglesia católica”, en BARRANCO, M. C., CELADOR, O. y VACAS, F. (coord.): *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 275 a 278 y 294 a 297.

a la jurisdicción eclesiástica de quienes hayan optado por la forma canónica de celebración, ni acudir a la misma puede suponer la renuncia a acudir a los tribunales civiles para que se pronuncien sobre la nulidad o disolución de forma simultánea o sucesiva⁵².

Además, es necesario que la demanda de efectos civiles sea interpuesta por ambas partes de mutuo acuerdo o por una de ellas con el consentimiento expreso o tácito de la otra. La mera oposición de uno de los cónyuges a la demanda de efectos civiles por razones de conciencia debe llevar al juez civil a denegar la misma, pues se trata de garantizar la libertad de conciencia de ambos cónyuges⁵³. Como sostiene MARTINELL, es necesario que “la libertad de conciencia del católico que desea la eficacia civil de la resolución canónica se haga compatible con la protección de la libertad de conciencia de quien no lo es, ha dejado de serlo, o no quiere verse involucrado civilmente por una resolución de origen confesional, por mucho que haya pasado por el indispensable filtro de la actividad jurisdiccional del Estado”⁵⁴.

Por la misma razón, uno de los aspectos procesales a verificar por el juez civil es que la sentencia eclesiástica no haya sido dictada en rebeldía, tal y como dispone el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, pese a la opinión contraria de la mayoría de la doctrina⁵⁵, hay que entender incluido aquí tanto lo que el Código de Derecho Canónico considera “ausencia involuntaria”, referida a los supuestos en que, pese a haber sido emplazado formalmente, el demandado se encuentra en paradero desconocido y no ha tenido constancia del proceso, como la “ausencia voluntaria”, que alude a los supuestos en que el demandado ha recibido citación y copia de la demanda, pero no ha compare-

⁵² CUBILLASRECIO, L. M.: *El sistema matrimonial español...*, op. cit., p. 245.

⁵³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia II...*, op. cit., p. 434.

⁵⁴ “Matrimonio y libertad de conciencia”, op. cit., p. 104.

⁵⁵ Para un amplio sector doctrinal, la rebeldía voluntaria no impide la eventual homologación civil de la resolución eclesiástica. Vid. CAÑAMARES, S.: “La ausencia del demandado en el proceso canónico y su incidencia en la homologación de sentencias eclesiásticas”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 22, 2008, pp. 123 a 127.

Otros, como el profesor NAVARRO-VALLS, relacionan la imposibilidad de homologar una resolución eclesiástica dictada en rebeldía y la necesidad de consentimiento expreso o tácito de ambos cónyuges para solicitar dicha homologación, al afirmar que la única rebeldía relevante a estos efectos es aquella que “suponga auténtica intención de reserva de acción ante el juez civil” y este dato solo podrá evaluarse en el trámite procesal de homologación civil “a través de la oposición contumaz, que operará como factor denegatorio del auto de homologación” (“La posición jurídica del matrimonio canónico...”, op. cit., pp. 544 y 545).

cido ante el tribunal eclesiástico⁵⁶. No se trata solo de garantizar los derechos a la tutela judicial efectiva y la defensa, sino también la libertad de conciencia de quien, por haber cambiado de convicciones, por ejemplo, entiende que no debe personarse en un procedimiento ante una jurisdicción religiosa cuya competencia no reconoce⁵⁷. Así pareció reconocerlo el TS en sentencia de 27 de junio de 2002⁵⁸, si bien este pronunciamiento fue matizado posteriormente en la sentencia de 24 de octubre de 2007⁵⁹.

2.2.2. *La laicidad de los poderes públicos*

Entendido como neutralidad de los poderes públicos acompañada de una total separación de los grupos religiosos⁶⁰, el principio de la laicidad impone algunos límites a observar al otorgar eficacia civil a las resoluciones matrimoniales canónicas.

Por un lado, impide sostener que la tarea del juez civil a la hora de otorgar eficacia a las resoluciones eclesiásticas debe limitarse al control formal o procesal de dicha resolución. Admitir esta posibilidad conlleva, como ya hemos señalado, no solo afirmar la potestad jurisdiccional de los tribunales religiosos en este ámbito, sino la eficacia civil directa de las normas integrantes del ordenamiento matrimonial canónico que regulan los requisitos de capacidad y efectos del matrimonio. Y esto es, a todas luces, contrario a esa estricta separación entre sujetos, fines y actividades religiosos y estatales⁶¹.

⁵⁶ En el mismo sentido vid. PEREZ ALVAREZ, S.: *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos...*, op. cit., pp. 155 a 159.

⁵⁷ Por ello no podemos compartir la afirmación de que la presencia del defensor del vínculo en estos procesos atenúa las consecuencias de la declaración formal de rebeldía desde la perspectiva de los intereses del ausente (LOPEZ ALARCON, M.: "El matrimonio canónico con efectos civiles en el Derecho español", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986, p. 189; REINA, V.: *Lecciones de Derecho matrimonial*, op. cit., p. 252 y CAÑAMARES, S.: "La ausencia de demandado en el proceso canónico...2", op. cit., p. 110).

⁵⁸ FJ 1.

⁵⁹ Un análisis de ambas sentencias puede consultarse en CAÑAMARES, S.: "La ausencia del demandado en el proceso canónico..." op. cit., pp. 117 a 122.

⁶⁰ Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia I...*, op. cit., pp. 346 a 354. CELADOR ANGÓN, O., "Laicidad y estatuto jurídico de los profesores de religión en la escuela pública: las lecciones del modelo estadounidense", en *Laicidad y libertades*, Vol. 12, 2012, nº 1, pp. 107-143.

⁶¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "Fuentes del Derecho y comunidad civil", op. cit., p. 35.

También impide que la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas alcance los efectos accesorios de las mismas. Nos estamos refiriendo a la posición de quienes distinguen en la parte dispositiva de la resolución eclesiástica entre el efecto principal de la misma, es decir, el efecto desvinculatorio, y los efectos accesorios o secundarios, como los relativos a las relaciones paterno-filiales, por ejemplo, y aceptan la posibilidad de que el juez civil declare ajustados al Derecho del Estado estos últimos. El juez civil debe declarar ajustado o no al Derecho del Estado sólo el efecto desvinculatorio, pero los efectos que se derivan de la desvinculación son los previstos por la legislación civil y no los que otorga el ordenamiento canónico, que no tienen que coincidir necesariamente⁶². La jurisdicción civil posee competencia exclusiva y excluyente sobre los mismos⁶³.

Así lo confirma el art. 778 de la LEC cuando dispone que la demanda en solicitud de eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas se resolverá por auto previa audiencia al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal, salvo en el caso de que vaya acompañada de la solicitud de adopción o modificación de medidas, que se sustanciará siguiendo el mismo procedimiento que la demanda de separación o divorcio ante el juez civil. Si lo que el o los demandantes pretenden no es solo otorgar eficacia desvinculatoria a una resolución eclesiástica, sino la adopción de medidas derivadas de esa disolución o nulidad, la competencia exclusiva le corresponde al juez civil, que no puede conceder eficacia alguna a lo previsto en este sentido por la resolución eclesiástica en aplicación de un ordenamiento distinto al del Estado sin evitar la confusión de sujetos, ordenamientos y fines estatales y religiosos.

En definitiva, la resolución eclesiástica de nulidad o disolución matrimonial actúa como presupuesto de la actividad de la jurisdicción civil⁶⁴, que deberá aplicar la normativa estatal tanto para calificar los hechos probados en el correspondiente procedimiento canónico, como para determinar las consecuencias jurídicas derivadas de dicha calificación.

⁶² Vid. CUBILLAS RECIO, L. M.: *El sistema matrimonial español...*, op. cit., p. 240 y PARDO PRIETO, P.C.: *Laicidad y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas*, op. cit., pp. 173 y 174.

⁶³ SSTC de 1/1981, de 26 de enero y 6/1997, de 13 de enero (FJ 5).

⁶⁴ Vid. CUBILLAS RECIO, L.M.: *Ibid.*, p. 246 y PARDO PRIETO, P.C.: *Laicidad y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas*, op. cit., pp. 172, 175 y 177.

2.2.3. *El principio de igualdad*

El principio de igualdad prohíbe que el reconocimiento de eficacia a estas sentencias acabe traducándose en un trato diferenciado entre católicos y no católicos por lo que se refiere a la disolución y nulidad de su matrimonio, que recordemos, es el mismo tipo de matrimonio⁶⁵.

Por esta razón, la posibilidad de obtener eficacia civil no alcanza a todas las resoluciones dictadas por un tribunal eclesiástico sobre disolución matrimonial, sino solo a las relativas a lo que los canonistas denominan la “*dispensa superrato*”⁶⁶. El Derecho canónico contempla otras causas de nulidad cuyo objeto último es favorecer la fe de alguno de los contrayentes, posibilitando, por ejemplo, la disolución del matrimonio de quien ha recibido bautismo católico con posterioridad a la celebración de su matrimonio canónico con un no católico, cuya continuidad no es posible, para contraer un nuevo matrimonio con un católico⁶⁷. Obviamente, la posibilidad de otorgar eficacia civil a estas resoluciones tendría como resultado otorgar relevancia a las creencias religiosas de los cónyuges para determinar la eventual disolución de su matrimonio. Por ello, cuando el AAJ alude a las resoluciones eclesiásticas de disolución lo hace únicamente a las de matrimonio rato (celebrado entre bautizados) y no consumado⁶⁸.

Además, apoyando nuevamente la interpretación de la cláusula de ajuste al Derecho del Estado como control material, el principio de igualdad obliga al juez civil a verificar que los hechos probados en la resolución eclesiástica de nulidad o disolución son susceptibles de ser subsumidos en alguno de los supuestos de nulidad o disolución previstos por el ordenamiento civil. Ello con el fin de verificar que la solución no sería distinta si el mismo supuesto de hecho motivara la pretensión de nulidad o disolución civil del matrimonio de un no católico y que, por tanto, no conlleva la posibilidad de un trato diferenciado entre los ciudadanos por razón de sus creencias.

⁶⁵ CUBILLAS RECIO, L. M.: *Ibid.*, p. 244.

⁶⁶ Se trata del supuesto contemplado en el canon 1142 del Código de Derecho Canónico de 1983, al afirmar que “*el matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto con causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga*”.

⁶⁷ Es el caso del denominado privilegio paulino, regulado en los cánones 1143 a 1147.

⁶⁸ Vid. REINA, V. y MARTINELL, J. M.: *Curso de Derecho matrimonial*, op. cit., p. 202.

Por otro lado, la igualdad no debe proyectarse solo sobre el fondo de la decisión eclesiástica, sino también sobre las garantías procesales. De ahí la referencia del Código Civil al art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el fin de poner de manifiesto la necesidad de verificar que en el proceso canónico se han respetado las garantías procesales y jurisdiccionales consagradas en Derecho español.

Las especificidades de los procesos matrimoniales canónicos, sobre todo en el caso del denominado procedimiento documental de nulidad y del procedimiento para la dispensa superrato, pueden plantear problemas desde la perspectiva del respeto a los derechos de defensa de los cónyuges, que el juez civil deberá examinar, para verificar que estos derechos no han sido conculcados, pues solo así podrá homologar la resolución eclesiástica⁶⁹.

En otro orden de cosas, algunos autores han puesto de manifiesto que, con independencia de la interpretación que demos a la cláusula de ajuste, la misma plantea problemas de compatibilidad con el principio de igualdad, porque constituye una discriminación normativa entre la Iglesia católica y aquellas otras confesiones que, incluso habiendo alcanzado un acuerdo con el Estado español en el que se reconoce la posibilidad de otorgar eficacia civil a su forma religiosa de celebración, no tienen la misma posibilidad con respecto a la eficacia civil de las resoluciones emanadas de su organización jurisdiccional⁷⁰.

Aunque en el caso de las iglesias y comunidades agrupadas en la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España no cabría hablar de la eventual eficacia civil de resoluciones matrimoniales de origen religioso, pues las mismas no poseen una organización jurisdiccional propia con competencia para conocer sobre las causas matrimoniales, al entender que su enjuiciamiento corresponde en todo caso a los tribunales estatales, dicha organización sí existe en el caso de judíos y musulmanes. No obstante, en el caso de los musulmanes la cuestión ni siquiera se planteó en la propuesta de proyecto remitida por su federación al Ministerio de Justicia. Sí hubo una propuesta inicial a este res-

⁶⁹ La amplitud de esta cuestión nos impide abordarla con detenimiento en este estudio. Para un análisis pormenorizado vid. PEREZ ALVAREZ, S.: *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos...*, op. cit., pp. 163 a 192.

⁷⁰ Vid. FERNÁNDEZ CORONADO, A.: Prólogo a PEREZ ALVAREZ, S.: *Ibid.*, pp. 21 y 23, así como el propio autor en pp. 99 a 106.

pecto por parte de los judíos, que desapareció posteriormente del proyecto⁷¹. El hecho de que se trate de un aspecto que ni siquiera plantearon unos y abandonaron otros en el proceso de elaboración de los acuerdos lleva a afirmar a la mayoría de la doctrina, acertadamente, que la diferencia de trato no implica un trato discriminatorio.

3. AMODO DE CONCLUSIÓN

El reconocimiento de eficacia civil a las resoluciones eclesiásticas de nulidad y disolución del matrimonio es un supuesto de cooperación no obligada, pero sí posible, entre los poderes públicos y la Iglesia católica, con el fin de facilitar la libertad de conciencia de los ciudadanos católicos.

No obstante, para mantener su adecuación al marco constitucional vigente, no puede tratarse de una eficacia automática, sino que la jurisdicción civil, en tanto que única jurisdicción competente para conocer sobre el nacimiento y extinción del vínculo matrimonial, debe determinar que el pronunciamiento contenido en la resolución canónica es conforme al Derecho del Estado, al que la Constitución reserva la regulación de los requisitos de capacidad para contraer matrimonio, las causas de disolución y sus efectos.

Pese a la formulación ambigua de esta cuestión en las normas vigentes, la tutela del derecho a la libertad de conciencia en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos, en el marco de un Estado laico como el nuestro, obliga a equiparar ese "ajuste al Derecho del Estado" al control material por parte del juez civil.

La resolución eclesiástica actúa como mero presupuesto del pronunciamiento del juez civil. Éste debe aceptar los hechos probados en la fase instructora del proceso canónico, pero la calificación jurídica de los hechos deberá realizarse de conformidad con el ordenamiento civil. Es decir, el juez civil debe comprobar si esos hechos probados son subsumibles o no en las normas estatales. Esta es la única forma de dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la libertad de conciencia, la igualdad de los ciudadanos y la neutralidad del Estado.

⁷¹ El texto de la propuesta inicial de acuerdo y sus posteriores modificaciones puede consultarse en FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación (Los pactos con las confesiones: Leyes 24, 25 y 26 de 1992)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 137 y ss.

2. La eficacia en derecho interno de normas provenientes de otros ordenamientos jurídicos

PLURALISMO, MONISMO Y PROBLEMAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO *

Francesco Belvisi

Profesor de Filosofía del Derecho Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

I.

Insegno sia Filosofia sia Sociologia del diritto e, quindi, sono portato a trattare dell'essere e del dover essere del diritto: la conseguenza è che -teoricamente- sono un essere ibrido, che guarda in prospettiva sociologica le questioni filosofiche, e in prospettiva normativa le questioni empiriche. Per questo, ogni tanto penso al povero Hume, che si potrebbe rivoltare nella tomba se assistesse ad una mia conferenza o se leggesse un mio articolo. Per me, però, non si tratta di derivare dalla "natura della cosa" conseguenze normative, ma di argomentare, rispettando la "coerenza" della cosa. Qualcuno potrà pensare -con una certa ragione- che in fondo tra i due modi di procedere non ci sia una grossa differenza.

Però, poiché, sono influenzato dalla teoria sistemica di Niklas Luhmann, so che le conseguenze normative che traggio, pur prendendo sul serio la "cosa", sono conseguenze non necessarie, ma contingenti: io le traggio in un modo, ma potrebbero anche essere tratte in modo diverso. Ad esempio, se per me la società pluralista e multiculturale non è solo un "fatto", ma anche un valore che deve essere preservato, per qualcun altro, essa può essere senz'altro un fatto, ma

* Desidero ringraziare F. Javier Ansuategui Roig, per avermi invitato a partecipare al Seminario e Stefano Berteà, Thomas Casadei, Orsetta Giolo, Baldo Pastore e Francesco Viola per aver letto e commentato il paper.

che deve essere contrastato e cambiato. Quindi, pur partendo da una posizione normativa, quello che intendo fare è cercare di produrre un buon argomento su: pluralismo giuridico-normativo e problemi di applicazione del diritto.

A questo proposito, mi preme subito precisare che non tratterò della questione nell'ottica –per altro assai rilevante– dei c.d. “delitti culturalmente motivati”, ovvero di quei comportamenti di stranieri, che trovano una loro “ragione” in regole per lo più consuetudinarie o tradizionali, ma che vengono ritenuti illeciti secondo i criteri –valori, principi e norme– dell'ordinamento giuridico della società in cui i soggetti agenti si sono trasferiti, migrando. Purtroppo, sono costretto a dichiarare la mia incompetenza rispetto a quest'ordine di problemi: posso solo rinviare alla concezione di Fabio Basile, il quale ritiene che non sia opportuno pensare a strumenti normativi *ad hoc* per la *cultural defense*¹, poiché “nella legislazione [italiana] vigente sono già presenti istituti e norme in qualche modo permeabili al fattore culturale, attraverso cui si potrebbe conferire –senza inutili clamori– adeguata rilevanza alla motivazione culturale, che ha spinto l'immigrato alla commissione del reato”².

¹ Per “*cultural defense*” si intende quella strategia processuale usata da imputati stranieri nel tentativo di giustificare il loro comportamento criminale, o di mitigare il grado della loro colpevolezza, sulla base dell'*ignorantia legis* e dell'assenza della *mens rea*, con il risultato che alle vittime –nella maggior parte dei casi donne– viene “negata la protezione del diritto penale, poiché, in genere, i loro assalitori sono lasciati liberi immediatamente, o in breve tempo”: v. D. L. COLEMAN, “Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma”, *Columbia Law Review*, num. 5, 1996, pp. 1093-1167, pp. 1094-1095. Su ciò v. anche B. PASTORE, “Identità culturali, conflitti normativi e processo penale”, in B. Pastore, L. Lanza, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 5-61.

² Vedi F. Basile, “Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati”, di prossima pubblicazione su *Ragion Pratica*, num. 40, 2013, pp. 15 e 19-20. Per i reati a bassa offensività, si tratta di clausole di illiceità speciale, che prevedono l'assenza della giusta causa o di un giustificato motivo, per la commissione del reato; l'esercizio di un diritto (religioso o culturale) in funzione scriminante; ignoranza inevitabile della legge penale violata (art. 5 c.p. come riletto dalla Corte cost. nella sentenza 364/1988); errore sul fatto, che esclude il dolo, ai sensi dell'art. 47 c.p.; per i reati ad elevata offensività si tratta, invece, della commisurazione giudiziale della pena (art. 133 c.p.), in cui potrebbe rilevare la diversità culturale dell'imputato; e delle circostanze del reato (specifiche e generiche), che potrebbero essere prese in considerazione dai giudici ai fini dell'applicazione di talune circostanze attenuanti o, per lo meno, ai fini della non-applicazione di talune circostanze aggravanti. V. anche, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010. Sui reati culturalmente orientati, in prospettiva comparativa, v. la tesi dottorale di V.M. MACÍAS CARO, *Cultura, Constitución y Derecho penal*, Dipartimento di Giurisprudenza, Modena, 2013.

In riferimento al tema: *Pluralismo, monismo y problemas de aplicación del Derecho*, tra pluralismo giuridico e monismo giuridico si possono instaurare molteplici relazioni sostanziali. A causa dei numerosi presupposti a cui devo accennare per trattare il mio argomento, preferisco fornire –fin da ora– la soluzione del dilemma “pluralismo o monismo?”, che consiste nel trasformare l’opposizione dualistica “pluralismo vs monismo”, in una relazione dicotomica “pluralismo e monismo” e, in particolare: pluralismo giuridico-normativo e monismo giurisdizionale.

Innanzitutto, l’intera posizione del problema deve essere contestualizzata: dal mio punto di vista, la questione si pone a partire dalla situazione in cui viviamo, che è quella di una società non solo pluralista, ma multiculturale, interessata da massicci fenomeni migratori, caratterizzati dal fatto che le persone che giungono nella società di accoglienza tendono a costituire minoranze etnico-culturali.

Quella di “società multiculturale” è una nozione sociologica ed empirica, a cui corrisponde sul versante giuridico un *pluralismo normativo* “vissuto”, e non semplicemente teorico³. Dal punto di vista *empirico* non è più plausibile una concezione *monistica* del diritto, inteso come sistema di norme, neppure quella secondo cui l’unità dell’ordinamento giuridico dello Stato sarebbe garantito dalla condivisione dei valori costituzionali, che renderebbero possibile un ordinamento unitario sia dal punto di vista logico-sistematico (completezza), sia da quello sostanziale, che sarebbe in grado di garantire l’integrazione della società⁴. Infatti, non solo la cultura giuridica nazionale è pluralista, ma le culture delle minoranze presenti nella società prospettano cataloghi di valori talvolta inconciliabili con i valori costituzionali⁵.

³ F. v. BENDA-BECKMANN, “Rechtspluralismus als Toleranzfrage”, in AA.VV., *Diversität und Toleranz*, hrsg. v. Ch. Enders, M. Kahlo, mentis, Paderborn, 2010, pp. 109-123, p. 116.

⁴ La concezione costituzionale dell’unità/integrazione dei cittadini nell’ordinamento dello Stato è stata sostenuta da R. SMEND, “Costituzione e diritto costituzionale” (1928), in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, a cura di G. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 51-267. Su ciò v. F. BELVISI, *Verso l’inclusione. La teoria delle istituzioni e l’integrazione sociale mediante il diritto*, CLUEB, Bologna, 2012, cap. 4. Il riconoscimento del pluralismo culturale e giuridico da parte dell’ordinamento statale viene percepito come una minaccia alla sua unità, per cui si pone il problema dei limiti in cui lo Stato (laico) possa tollerare la diversità: v. U. VOLKMANN, “Die Einheit der Rechtsordnung vor den Herausforderungen der Toleranz”, in AA.VV., *Diversität und Toleranz*, cit. nota 3, pp. 125-142.

⁵ Nel suo contributo pionieristico, rispetto al tema trattato, P. RESCIGNO, “Pluralità di culture e unicità di ordinamento giuridico: i problemi di una società multirazziale”, in AA.VV.,

Paradossalmente, però, l'esito a cui giungono le mie considerazioni è quello di un *monismo giurisdizionale* motivato da ragioni pratico-normative, derivanti dall'applicazione del principio di non discriminazione: bisogna trattare con "eguale considerazione e rispetto" le persone portatrici di differenze. Le persone appartenenti a culture diverse dalla nostra, *di fatto* possono decidere all'interno del loro gruppo di far trattare i propri conflitti giuridici da "giurisdizioni" comunitarie. Tuttavia, l'ordinamento giuridico democratico-costituzionale deve garantire l'amministrazione della giustizia di "ultima istanza", secondo il principio della "*equal protection clause*" (XIV em. Cost. Usa): lo Stato non può "rifiutare l'eguale protezione delle leggi a persona che viva nella sua giurisdizione"⁶. È chiaro che molto spesso il soggetto che richiede tale protezione sarà la persona più vulnerabile all'interno delle comunità tradizionali: la donna.

Fatta questa anticipazione, posso costruire il mio argomento.

II.

Per "pluralismo giuridico" si può intendere quella situazione, in cui uno stesso ambito della vita come, ad esempio, la convivenza tra partner, può essere regolato da più ordinamenti, o insiemi di norme: per stare all'esempio, in Italia, le norme del diritto privato regolano il matrimonio civile, quelle del diritto canonico il matrimonio cattolico, le consuetudini la convivenza *more uxorio*. In altri Paesi – come qui in Spagna, o in Olanda – il diritto civile regola

Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti, a cura di B. Perrone, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 223-232, prima sostiene che "l'ideale pluralista accolto dalla Carta costituzionale deve [...] conciliarsi con una impostazione dell'ordinamento che si propone come ordinamento unitario e globale" (p. 225), ma poi specifica che l'ordinamento giuridico, per tener conto della realtà sociale pluralista "diventa un sistema fondato sulla pluralità" (pp. 226-227), che può "giustificare trattamenti giuridici differenziati" (p. 228, ma v. anche p. 231). Infatti, è "indispensabile, quando si [tratta] di esigenze elementari che toccano le necessità, il bisogno, la condizione materiale degli individui, ritornate all'unità: unità del sistema, che tuttavia non significa unitarietà dell'ordinamento" (232). Per "sistema" l'A. intende qui non semplicemente l'insieme delle norme giuridiche (ordinamento), ma anche la giurisdizione in quanto istanza di applicazione delle norme stesse.

⁶ All'opposto, v. la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che – in passato – ha ristretto l'ambito di applicazione dell'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, nel caso in cui i ricorrenti avessero liberamente scelto la propria situazione: v. S. KNIGHTS, "Approaches to Diversity in the Domestic Courts: Article 9 of the European Convention of Human Rights", in AA.VV., *Legal practice and cultural diversity*, ed. by R. Grillo, et al., Ashgate, Farnham, 2009, pp. 283-298, p. 290.

anche il matrimonio tra coppie dello stesso sesso, o –come in Francia e Germania– le coppie di fatto. Inoltre, le regole del diritto internazionale privato individuano sia le norme che possono essere applicate in caso di riconoscimento o di annullamento del matrimonio tra cittadini di nazionalità diversa, sia i criteri per decidere dell'efficacia delle sentenze straniere di annullamento. Infine, all'interno di certe minoranze culturali, il matrimonio viene regolato da norme religiose, com'è il caso della *Sharia* per il matrimonio islamico, e della *Torah* per quello ebraico.

Francesco Viola, che pure riconosce il fatto che il “pluralismo giuridico è una proprietà dei contesti sociali”, sostiene che una caratteristica necessaria del pluralismo giuridico sia quella che “ogni ordine giuridico [...] non si ponga come esclusivo e [...] riconosca come legittima la pretesa di giuridicità degli altri ordini in competizione con la propria”⁷. A me sembra che, in questo modo, egli riduca indebitamente l'ambito del pluralismo e cada in contraddizione. Prima di tutto, non sono sicuro che sia necessario il reciproco riconoscimento del carattere giuridico degli ordinamenti concorrenti⁸: la *Sharia*, ad esempio –almeno astrattamente– pretende di valere universalmente, cioè, per tutto il genere umano, in quanto manifestazione del pensiero di Allah⁹. In secondo

⁷ F. VIOLA, “Debolezza della volontà e incertezza della ragione”, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 9-25, p. 21; v. anche IDEM, “Il Rule of Law e il pluralismo giuridico contemporaneo”, in Id., *Rule of Law. Il governo delle leggi ieri e oggi*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 131-167, pp. 136-138.

⁸ Analogamente, F. v. BENDA-BECKMANN, “Rechtspluralismus als Toleranzfrage”, cit. nota 3, p. 115. Il reciproco riconoscimento della giuridicità non è necessario neppure secondo la prospettiva di *soft legal* positivism, di J. EEKELAAR, “Positivism and Plural Legal Systems”, *Ratio Juris*, num. 4, 2012, pp. 513-526, che recupera la validità della *social thesis* –per cui il diritto di una società può essere identificato mediante particolari convenzioni sociali– per quanto riguarda la legittima applicazione del diritto statale (v. pp. 514 e 525). Tale posizione permette di individuare una situazione di pluralismo giuridico (*plural legal systems*) senza che l'ordinamento statale consideri come giuridici gli ordinamenti consuetudinari o religiosi delle minoranze (v. pp. 523-525).

⁹ Ci sono autori che richiamano la nostra attenzione su un fatto: così come è assolutamente improprio parlare della “cultura occidentale” o di qualsiasi altra cultura, anche religiosa, come qualcosa di monolitico ed omogeneo, altrettanto frutto di superficiale stereotipizzazione è quello di considerare allo stesso modo non solo la cultura islamica nel suo complesso, ma anche il significato della stessa Sharia. Più correttamente si dovrebbe parlare delle sue diverse versioni, che dipendono dalle interpretazioni fornite dalle differenti scuole giuridiche, dai diversi culti islamici e dalle loro strumentalizzazioni politiche, che implicherebbe una “nozione mitica de ‘la Sharia’”. V., ad es., V. BADER, “Legal Pluralism and Differentiated Morality: Shari’a in Ontario?”, in AA.VV., *Legal practice and cultural diversity*, cit. nota 6, pp. 49-72, pp. 57-58. Più in generale, v. O. GIOLO, *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Giappichelli, Torino, 2005.

luogo, Viola cade in contraddizione, poiché, se il “pluralismo giuridico è una proprietà dei contesti sociali”, saranno questi ultimi e non l’ordinamento giuridico di uno Stato, a decidere mediante l’efficacia sociale sulla giuridicità delle norme di un ordinamento.

A mio avviso, allora, per definire una situazione di pluralismo normativo, ciò che veramente rileva è che all’interno di uno stesso ambito sociale siano operative, cioè valgano e siano applicate, norme di differente provenienza, per cui il soggetto interessato può scegliere le norme a cui orientare il proprio comportamento: si tratta del fenomeno che Boaventura de Sousa Santos ha definito come “*interlegalità*”¹⁰.

Ora, prima di procedere, è il caso di dedicare solo poche parole alla nozione di “monismo” giuridico. La teoria monista per eccellenza è la *Dottrina pura del diritto* di Hans Kelsen, che sostiene –da un “punto di vista conoscitivo”– “l’unità del diritto internazionale e del diritto statale”¹¹, con il conseguente “primato dell’ordinamento giuridico internazionale”¹². Attraverso l’*escamotage* della “norma fondamentale del diritto internazionale”¹³, Kelsen definisce la propria “dottrina pura” come monista e, così, dichiara come *unitario* il sistema globale del diritto. Questa concezione monistica del diritto si riverbera anche all’interno dell’ordinamento giuridico dello Stato, per cui, se è vero che non tutte le regole che orientano il comportamento umano sono norme giuridiche, le regole non giuridiche –consuetudini–, per valere all’interno dell’ordinamento giuridico, devono essere previste –in ultima istanza– dalla norma fondamentale presupposta¹⁴, cioè devono essere presupposte da una presupposizione. La concezione giuspositivista kelseniana, che si basa su una finzione trascendentale –la norma fondamentale– non è adeguata alla realtà internazionale odierna, in primo luogo per il fatto che non si può più concepire, che l’assoluta pluralità di ordinamenti giuridici statali e inter–, extra– e sovra–nazionali si lasciaricom-

¹⁰ B. DESOUSASANTOS, “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, num. 3, 1987, pp. 279-302, p. 298, e IDEM, “Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico”, *Sociologia del diritto*, num. 3, 1990, pp. 5-34, pp. 28-29.

¹¹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. di R. Treves, Einaudi, Torino, 1952, pp. 153-154.

¹² *Ibidem*, pp. 159, e 163-166.

¹³ H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto* (1960), trad. di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1975, pp. 244-247.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 256-257.

prendere sotto un'unica ed univoca norma fondamentale "di riconoscimento" (mi si passi l'espressione hartiana), e in secondo luogo, per il fatto che non è pensabile che un simile ordinamento globale sia anche coerente al suo interno, cioè privo di norme contraddittorie (antinomie), e privo di lacune.

In effetti, quasi a conferma della concezione espressa da Kelsen, una situazione monistica dell'ordinamento giuridico, priva –comunque– dei presupposti "conoscitivi" kelseniani, sembra quella prefigurata dagli articoli 10, c. 1 e 117, c. 1 Cost. it. Essi dispongono che "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", e che la "potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Quasi paradossalmente, però, il rapporto tra il diritto europeo e quello italiano, che in base a queste due disposizioni costituzionali per Kelsen potrebbe rappresentare un esempio di ordinamento giuridico monistico, non di meno viene trattato –a ragione– da Viola proprio come esempio di "pluralismo giuridico ufficiale"¹⁵.

Al di là di tutto questo, esiste –oggi– un limite (sociologico) fondamentale, ineludibile, che riguarda la natura ideologica della pretesa monistica dell'ordinamento giuridico e la sua conseguente unità/integrità: la concezione monista giuspositivista si basa sul presupposto della omogeneità culturale della società regolata dal diritto¹⁶, presupposto –questo– smentito dalla natura multiculturalità della nostra società. Di conseguenza, al suo interno esistono numerosi ordinamenti, o insiemi di norme, differenti, che pretendono di valere e di essere applicati.

III.

Il principio che guida le mie considerazioni è quello di non discriminazione, contenuto nell'art. 3 Cost. it. del 1948. Il primo comma di quest'articolo recita così:

¹⁵ F. VIOLA, *Il rule of law* e il pluralismo giuridico contemporaneo, cit. nota 7, pp. 140-142.

¹⁶ Di questo presupposto era già pienamente consapevole P. RESCIGNO, "Pluralità di culture e unicità di ordinamento giuridico", cit. nota 5, pp. 225 e 226.

“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”.

Analogo è il tenore dell’art. 14 della Cost. spagnola del 1978, secondo il quale:

“Gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza che prevalga alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione e qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale”.

Entrambi gli articoli trattano –in termini analoghi– del principio di eguaglianza formale e del divieto di discriminazione.

Quest’ultimo principio è legato all’identità e alla dignità della persona, perché la non discriminazione è l’altra faccia dell’eguaglianza, per cui possiamo sostenere con Giuseppe Zaccaria, che essa consista “nel permettere a tutti i membri della società di darsi un’identità culturale”¹⁷. Siamo formalmente uguali, nonostante le nostre differenze. *In senso giuridico*, il riconoscimento dell’identità e dei diritti che pertengono alla persona costituiscono la dignità umana¹⁸. Una persona viene discriminata, lesa nella sua dignità ed *umiliata*¹⁹, se l’ordinamento giuridico non le permette di esperire una forma di vita da lei scelta, magari in contrasto con determinati diritti, ma che rispecchia un progetto esistenziale conforme ai propri valori religiosi, morali, tradizionali.

Di conseguenza, rispetto al “fatto” della diversità della persona, *esiste un vero e proprio diritto al pluralismo*, in cui le differenze personali di “sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche”, eccetera, vengano rispettate²⁰. Per questo, penso che sia giusto *prendere sul serio* le questioni identitarie multicul-

¹⁷ G. ZACCARIA, *La Comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 178.

¹⁸ Sul significato giuridico del concetto di “dignità” v. F. BELVISI, “Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico”, *Ragion Pratica*, num. 38, 2012, pp. 161-179.

¹⁹ Sul concetto di “umiliazione”, v. per tutti: A. MARGALIT, *La società decente*, Guerini e associati, Milano, 1998; e R. SENNETT, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, il Mulino, Bologna, 2004.

²⁰ Analogamente, P. SHAH, “Transforming to Accomodate? Reflections on the Shari’a Debate in Britain”, in AA.VV., *Legal practice and cultural diversity*, cit. nota 6, pp.73-91, p. 81, enfatizza il “diritto ad essere differenti” come questione cruciale in una situazione di pluralismo.

turali, che l'universo normativo, anzi il *pluriverso* normativo²¹ deve affrontare in una situazione di pluralismo giuridico. Perciò, ritengo che tali questioni non possano essere né decise applicando rigidamente il diritto dello Stato, né trattate semplicemente secondo il principio della tolleranza, che implica spesso solo un *modus vivendi*²², e non un vero e proprio riconoscimento dei diritti e dell'identità personali. Piuttosto, ritengo che tali questioni debbano essere trattate secondo una prospettiva "negoziale"²³, o –meglio– secondo pratiche di composizione o "accomodamento". Quest'ultimo consiste in "pratiche mediante le quali il diritto e i suoi operatori sono sensibili a valori e significati che differiscono dai propri, li prendono in considerazione e fanno loro spazio"²⁴.

Il motivo di questa mia opzione è dovuta ad un fatto. I comportamenti che qui rilevano, come, ad esempio, il matrimonio poligamico, l'ostensione di simboli religiosi, il seguire determinate regole alimentari, il vestire determinati indumenti, il praticare particolari rituali, il seguire una particolare educazione scolastica, questi comportamenti sono –molto spesso– prescritti da norme istituzionali, che sorgono all'interno di quelli che Robert Cover ha definito "gruppi nomici" (*nomoi groups*)²⁵. Questi sono gruppi "jurisgenetici", cioè che creano diritto per i loro membri. Tale diritto viene giustificato e interpretato, a partire da narrazioni e miti fondanti contenuti nei "testi" più diversi, come: scritture sacre, poemi epici, tragedie, commedie, atti costituzionali, eccetera. Su questa base, i gruppi tutelano con successo la propria identità collettiva e controllano efficacemente il comportamento dei loro appartenenti.

²¹ J. TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 131: "multiversum" riferito al "mondo del costituzionalismo".

²² J. GRAY, *Two Faces of Liberalism*, New Press, New York, 2000, pp. 5-6, 19-20, 25, 32-33, e cap. 4, elabora una teoria del *modus vivendi*, fornendogli una giustificazione etico-politica, fondata sulla ridefinizione della tolleranza liberale in vista della coesistenza pacifica. Il punto di partenza è dato dal riconoscimento dell'inevitabilità della diversità e dalla conseguente rinuncia a perseguire una qualsiasi forma di consenso universale sui valori.

²³ V., da ultimo, F. COLOM GONZÁLEZ, "Justicia intercultural. El pluralismo jurídico y el potencial de la hermenéutica normativa", *Revista Internacional de Filosofía Política*, num. 33, 2009, pp. 7-24.

²⁴ R. BALLARD, A. FERRARI, R. GRILLO, A. J. HOEKEMA, M. MAUSSEN, P. SHAH, "Cultural Diversity: Challenge and Accomodation", in AA.VV., *Legal practice and cultural diversity*, cit. nota 6, pp. 9-29, p. 20.

²⁵ Vedi R. COVER, "Nomos e narrazione" (1983), in Id., *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, a cura di M. Goldoni, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 17-92, anche in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2000 ss., <http://bfp.sp.unipi.it/hj05b/viewContributionWindow.php?siglum=http://purl.org/hj/bfp/149> (visitato 24/01/2013), pp. 8-77.

Questi gruppi sono comunità culturali, le cui norme costituiscono istituzioni che si legittimano sui valori fondamentali delle collettività, per cui ottengono un largo consenso. Le forme di agire che ne derivano sono *valuable*, cioè fornite di valore per chi le pratica²⁶, indipendentemente dal fatto che esse corrispondano a istituzioni (come la gerarchia nei rapporti tra uomo e donna, la poligamia, il vestire determinati costumi, eccetera) conciliabili con i principi e le norme dell'ordinamento giuridico ufficiale della società ospitante²⁷. Perciò, dobbiamo sia prendere sul serio le regole istituzionali di queste minoranze e non sottovalutare la loro forza normativa e la loro efficacia, sia trattare con "eguale considerazione e rispetto", cioè secondo il principio di non discriminazione, le persone che le osservano. Come sostiene Ronald Dworkin, "nessuna persona che abbia rispetto di sé e ritenga che un particolare modo di vivere abbia maggior valore per lei può accettare che questo modo di vivere sia indegno o degradante"²⁸.

Infatti, la cultura possiede un significato esistenziale per qualsiasi essere umano, per cui diviene difficile – da un punto di vista esterno, distaccato, "oggettivo" – pretendere di criticare legittimamente e con successo le istituzioni degli altri in quanto irragionevoli, prive di valore, sbagliate²⁹. Di conseguenza, se il diritto statale non riconosce e magari contrasta i valori fondamentali dei *nomoi* ed i comportamenti ad essi conformi, finisce per minacciare non solo l'identità, ma l'esistenza stessa dei gruppi interessati. Per questo motivo, gruppi, minoranze e comunità mettono in atto strategie reattive in difesa della propria cultura (*reactive culturalism*³⁰), di natura tradizionalista o fondamentalista, che portano spesso i gruppi a condurre una vita parallela. Questo significa che i

²⁶ J. RAZ, *I valori fra attaccamento e rispetto* (2001), a cura di F. Belvisi, Diabasis, Reggio Emilia, 2003, pp. 27-30; G. ZANETTI, "Influenze aristoteliche nel dibattito contemporaneo: Joseph Raz e i valori condivisi", in Id., *Ragion pratica e diritto*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 247-264; IDEM, *Le coppie di fatto tra diritto e morale*, in AA.VV., *Elementi di etica pratica*, a cura di Id., Carocci, Roma, 2003, pp. 147-160, pp. 151-154.

²⁷ In riferimento alla situazione che vige negli stessi stati islamici, SH.A. JACKSON, "Legal Pluralism Between Islam and the Nation-State: Romantic Medievalism or Pragmatic Modernity?", *Fordham International Law Journal*, num. 1, 2006, pp. 158-176, p. 172, sostiene che "there is an entire universe of legal rights and obligations that are authoritative and deeply felt in the hearts and minds of people yet totally independent of the State".

²⁸ R. DWORKIN, "Perché l'eguaglianza dovrebbe essere importante per i liberali", in id., *Questioni di principio* (1985), il Saggiatore, Milano, 1990, pp. 250-260, p. 251.

²⁹ Vedi A. Gehlen, *Prospettive antropologiche* (1961), il Mulino, Bologna, 1987, pp. 109.

³⁰ A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 35 ss., 43 s., 59-61.

comportamenti non accettati dall'ordinamento giuridico dominante diventano invisibili a livello sociale, ma rientrano nel mondo sommerso dei comportamenti regolati dal *nomos* "originario". Un esempio per tutti è rappresentato dalla vicenda della poligamia nella Gran Bretagna, in cui, appunto, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, si è prodotto "un *sottosuolo giuridico* in cui [essa] viene perpetrata"³¹. Perciò, non c'è da stupirsi, se comunità culturali e religiose richiedono allo Stato di poter esercitare una propria giurisdizione, più o meno esclusiva, nelle materie che ritengono fondamentali per la garanzia dell'identità collettiva del gruppo e di quella personale dei propri membri.

La domanda che ci dobbiamo porre è, allora, come possa l'ordinamento giuridico statale affrontare le questioni poste dalla differenza culturale, rispettandola, secondo quanto richiesto dal principio di non discriminazione.

Un punto deve essere tenuto fermo: le istituzioni dei gruppi minoritari prospettano dei comportamenti forniti di valore, tanto quanto lo fanno le nostre istituzioni. Per quanto ho appena sostenuto riguardo al fenomeno del *reactive culturalism*, è altamente improbabile –ma forse anche ingiusto– che le loro pratiche possano essere annullate, o anche solo efficacemente contrastate, attraverso misure di repressione giuridica.

Le risposte istituzionali possono essere le più diverse, e possono andare dal modello universalista, statualista ed assimilazionista alla francese, che nega semplicemente il problema, al modello particolarista, configurato dal pluralismo giurisdizionale come avviene in Canada³². Il modello particolarista, prospetta un sistema a *millet*, in cui le singole comunità –e in particolare quelle organizzate su base religiosa– hanno giurisdizione autonoma, e talvolta esclusiva, per le materie che concernono la loro identità collettiva –in particolare, lo statuto personale, il diritto di famiglia e quello successorio–³³, senza che a livello dell'ordinamento giuridico statale esista un uniforme diritto del settore interessato. Il limite principale di questo modello è quello che Ayelet Shachar ha definito come il "paradosso della vulnerabilità multiculturale": a

³¹ F. SONA, *Polygamy in Britain*, relazione per l'Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose (OLIR), 2005, visibile al sito http://www.olir.it/areetematiche/104/documents/Sona_Polygamy_in_Britain.pdf (visitato il 31.01.2013), pp. 1-21; C. RICCI, "Shari'a Courts in Gran Bretagna: riflessioni sulle forme di giustizia interna alla comunità islamica inglese", in *I diritti dell'uomo*, num. 2, 2009, pp. 25-42.

³² Vedi V. BADER, "Legal Pluralism" and Differentiated Morality", cit. nota 9.

³³ V. gli esempi riportati in A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions*, cit. nota 30, pp. 78-85.

causa dell'assetto maschilista e patriarcale caratteristico di molte comunità, l'autonomia giurisdizionale delle minoranze culturali riconosciuta dallo Stato può avere come esito quello di aggravare l'oppressione dei soggetti più vulnerabili, come donne e bambini, quando le corti comunitarie applicano norme tradizionali³⁴.

Da una prospettiva di multiculturalismo moderato, Shachar propone, invece, una *giurisdizione multiculturale*, intesa, nel senso di una giurisdizione concorrente tra quella della minoranza e quella dello Stato³⁵. Il limite della giurisdizione concorrente proposta da Shachar come una forma di *joint governance*, consiste nel dare troppo peso alla comunità e alla sua presunta identità collettiva, per cui tale soluzione promuove una concezione che vede la società come un arcipelago di isole culturali, pressoché separate dalla società più comprensiva, all'interno del quale vengono riconosciuti diritti collettivi³⁶.

Al contrario, io muovo da una prospettiva laico-personalista, per cui le comunità e le culture –nonostante il rilevante significato che possiedono per

³⁴ V. *ibidem*, pp. 2-3; in senso analogo, già S.M. OKIN, "Is Multiculturalism Bad for Women?", *Boston Review*, num. 5, 1997, ora in AA.VV., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, ed. by J. Cohen, et al., Princeton U.P., Princeton (N.J.), 1999, pp. 9-24, trad. it. di M.C. Pievatolo, *Multiculturalismo e femminismo. Il multiculturalismo danneggia le donne?*, reperibile al sito <http://lgxserver.uniba.it/lei/filpol/okin.htm> (visitato il 31.01.2013); ora anche in IDEM, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, a cura di A. Besussi e A. Facchi, Cortina, Milano, 2007.

³⁵ Questa proposta è stata fatta propria dall'arcivescovo di Canterbury, Rowan WILLIAMS, nella nota conferenza tenuta alla Royal Courts of Justice, il 07.02.2008: *Civil and Religious Law in England: a Religious Perspective*, <http://rowanwilliams.archbishopofcanterbury.org/articles.php/1137/archbishops-lecture-civil-and-religious-law-in-england-a-religious-perspective> (visitato 31/01/2013). Sulla sua conferenza v.: R. BALLARD, A. FERRARI, R. GRILLO, A.J. HOEKEMA, M. MAUSSEN, P. SHAH, "Cultural Diversity", cit. nota 24, pp. 16-20; P. SHAH, "Transforming to Accomodate?", cit. nota 20, pp. 77-86.

³⁶ Per "diritti collettivi" o di gruppo, si intendono quei diritti che tutelano gli aspetti identitari culturali di una comunità, come –ad es.– il diritto di esprimersi nella propria lingua, o il vestire i costumi tradizionali. Tali diritti possono essere fruiti individualmente (*uti singuli*) e, quindi, rientrano nella tradizione liberale dei diritti, oppure il loro titolare è la collettività in quanto tale (*uti universi*), considerata come un distinto soggetto di diritto. Quest'ultima concezione si colloca all'interno delle dottrine organicistiche o comunitariste del diritto. Un esempio si trova in Ch. TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Anabasi, Milano, 1993, pp. 83-88. Per le conseguenze antiliberali della concezione v. i contributi di: E. VITALE, "Introduzione. Le nuove frontiere della teoria dei diritti"; A.E. GALEOTTI, "I diritti collettivi"; P. COMANDUCCI, "Quali minoranze? Quali diritti? Prospettive di analisi e classificazione", tutti in AA.VV., *Diritti umani e diritti delle minoranze*, a cura di E. Vitale, Rosenberg & Sellier, Torino, pp. 11-20, 30-46, 47-67.

le persone- vengono tutelate solo mediatamente, attraverso le garanzie fornite dall'ordinamento statale agli esseri umani.

Per comporre i conflitti giuridici multiculturali, in genere, ed in particolare quelli in cui sono implicate -molto spesso come parti lese o discriminate- le donne (soprattutto in ambito familiare³⁷), la soluzione che propongo è quella di promuovere -secondo l'esigenza espressa da Denise Réaume- una "giurisdizione sensibile alla cultura"³⁸. In realtà, si dovrebbe trattare di un'attività giuridiale che pronunci sentenze "sensibili" non soltanto alla cultura minoritaria in questione, quanto a *tutte le culture* in gioco -a quella minoritaria e a quella maggioritaria o "ufficiale"³⁹.

A questo fine, allora, l'attività decisionale dovrebbe essere di tipo *prudenziale* e particolarmente orientata ai principi fondamentali della costituzione: libertà, eguaglianza, solidarietà, dignità, eccetera⁴⁰. In questo modo la giurisprudenza potrebbe avere un certo successo, anche sul piano dell'integrazione sociale, a patto che sia in grado di rispettare le condizioni "rappresentate" dal pluralismo. Con le parole di Lord Justice Arden, giudice di corte di appello, le parti "possono osservare tradizioni e pratiche differenti [...] Ciò deve essere atteso e rispettato nelle pronunce giudiziali (*jurisdiction*) [poiché] la corte deve dare la giusta considerazione a queste differenze"⁴¹.

Nei confronti della diversità culturale è controproducente sia il paternalismo di chi vuole insegnare e imporre agli altri come comportarsi, sia l'indulgenza comunque comprensiva della diversità⁴². Piuttosto, la stessa attività

³⁷ Sulla funzione discriminante e identitaria del diritto di famiglia, v. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions*, cit. nota 30, pp. 49-55.

³⁸ D. RÉAUME, "Moral and Legal Responses to the Multi-cultural, Multi-ethnic State", in AA.VV., *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*, hrsg. v. M.M. Karlsson, et al., Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 251-263, pp. 256-257.

³⁹ Si tratta di una proposta mediana rispetto al tradizionale approccio processuale e a quello «basato sulla differenza». Per questi modelli cfr. A. EISENBERG, "Diversity and Equality: Three Approaches to Cultural and Sexual Difference", *The Journal of Political Philosophy*, num. 1, 2003, pp. 41-64, pp. 50-62. Il terzo approccio sarebbe quello universalista dei diritti (pp. 42-46).

⁴⁰ Per il significato che attribuisco alla nozione di "principio" v. F. BELVISI, "I diritti fondamentali nella società multiculturale", *Diritto e società*, num. 1, 2012, pp. 1-18.

⁴¹ Arden LJ, in *Khan v Khan* [2007], citato da S. KNIGHTS, "Approaches to Diversity in the Domestic Courts", cit. nota 6, p. 286.

⁴² A quest'ultimo atteggiamento è esposta quella giurisprudenza individualizzante, che accoglie troppo superficialmente la "*cultural defense*". Un caso tedesco, che in Italia ha fatto molto discutere, poiché ha visto coinvolto un italiano come reo, è stato quello deciso dal Landgericht Bückeburg,

giudiziale dovrebbe configurarsi come un momento della critica rispettosa delle pratiche e delle istituzioni straniere, che vengono seguite in una società diversa da quella di origine. Questo può comportare che il giudice, alla ricerca di una soluzione adeguata, rispecchi il *pluralismo normativo*, secondo una strategia decisionale *quasi* nomo-poietica. Egli, infatti, nell'applicare il diritto, prende in considerazione sia norme straniere, sia principi e regole del proprio ordinamento, per "assemblare" una norma nuova, *ibrida* rispetto alle norme e ai principi degli ordinamenti considerati.

Giuridicamente, l'appartenenza ad un gruppo culturale non può essere concepita come uno *status* ascrivito (*by force*), né la scelta culturale deve pesare sull'individuo come una condanna. Al contrario, a questi aspetti deve essere riconosciuta pienamente la loro natura elettiva (*by will*), per cui le persone devono poter godere delle garanzie fornite dall'ordinamento giuridico del paese in cui vivono, anche nel caso in cui abbiano inizialmente scelto una forma di vita tradizionale, che non prevede quelle tutele⁴³ e nonostante l'eventuale esistenza di specifici diritti di gruppo.

IV.

L'insorgenza dei casi difficili segnala il problema di una integrazione "infelice"⁴⁴ della persona, che può avvenire a due livelli distinti: quello dell'inte-

il 14 marzo 2006: v. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 255-256. Al pericolo di superficiale condiscendenza non pare essere soggetta una parte notevole della giurisprudenza italiana, che sembra cadere, invece, nell'eccesso opposto: quello di manifestare un'"idiosincrasia giudiziaria ai reati culturalmente orientati", che talvolta "finisce per tradursi [...] in una *surrettizia forma di esclusione* dello 'straniero culturale': v. C. Grandi, "I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?", in AA.VV., *Diritto contro: meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, a cura di O. Giolo e M. Pifferi, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 179-211 (i luoghi cit. sono -rispettivamente- a p. 204 e 195).

⁴³ In senso analogo, S.M. OKIN, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, cit. nota 34, p. 20, chiede: "Quando una donna appartenente ad una cultura più patriarcale giunge negli USA, o in qualche altro Stato occidentale fondamentalmente liberale, perché dovrebbe essere meno protetta dalla violenza maschile rispetto ad altre donne?". A mio parere, però, questo tipo di protezione non è l'unico, né quello primario: piuttosto, esso dovrebbe costituire una forma "sussidiaria" di tutela.

⁴⁴ "Infelicità" significa dover scegliere la seconda miglior opzione: quella per cui nella differenza (che richiede come regola di giustizia che casi eguali siano trattati in modo eguale, ma che casi differenti siano trattati in modo differente) si ricorre al principio di eguaglianza formale (per cui tutti sono eguali di fronte alla legge) e alle disposizioni legali, ma nel rispetto della differenza iniziale,

grazione nel proprio gruppo (che può implicare un'integrazione anche solo minimale nei confronti della società nel suo complesso: ad esempio, la donna sposata in un matrimonio poligamico che accetta la propria condizione); e quello dell'inclusione da parte della società ospitante (che comporta un'integrazione centrifuga nei confronti del proprio gruppo: ad esempio, la donna ripudiata che ricorre alla protezione dell'ordinamento giuridico statale per migliorare le condizioni economiche della propria esistenza). Il passaggio dall'una all'altra forma integrativa è reso possibile dal c.d. "diritto di *exit*", cioè dalla libertà di lasciare il proprio gruppo, che fa scattare la protezione generale dell'ordinamento giuridico dello Stato. La tutela dell'ordinamento giuridico, però, non interviene unicamente nel caso di un abbandono definitivo della propria cultura e del gruppo, ma anche nell'occasione di un distacco da essi solo momentaneo o parziale⁴⁵.

Inoltre, per quanto riguarda la tutela giuridica di questi soggetti, portatori di differenze anche nei confronti della minoranza di appartenenza, la procedura più adeguata può essere non quella che termina con una decisione autoritativa come quella del giudice, ma una *procedura negoziale* che cerchi di mediare tra le parti in causa⁴⁶. Infatti, nelle questioni in cui sono implicate la maggior parte delle volte, come quelle coniugali (divorzio, ripudio) o familiari (affidamento dei figli, patria potestà, eredità), o in quelle che le contrappongono direttamente alla loro collettività⁴⁷, le donne rischiano di essere in ogni

come è richiesto dal principio della dignità umana. Sul concetto di "infelice integrazione" v. G. ZANETTI, "L'escissione, i gruppi e le istituzioni: una critica per principi", in AA.VV., *Elementi di etica pratica*, cit. nota 26, pp. 27-39, pp. 31-37.

⁴⁵ Peraltro, il diritto di *exit* può fornire una garanzia solo *prima facie*, poiché ciò che si prospetta alla dissidente è spesso unicamente una situazione drammatica in cui la donna si scopre doppiamente discriminata - nella comunità e nella società - e nell'impossibilità di sopravvivere all'esterno delle relazioni oppressive che reggono la vita comunitaria.

⁴⁶ Ho trattato del paradigma negoziale come modello alternativo a quello della decisione giudiziale in F. BELVISI, "Diritti e giustizia in una società multiculturale. Le sfide al diritto nell'Italia di oggi", *Il diritto ecclesiastico*, num. 2, 2002, pp. 435-455, pp. 447-453; IDEM, "Identità, minoranze, immigrazione: com'è possibile l'integrazione sociale?", *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, num. 4, 2002, pp. 11-30, pp. 27-30. V., inoltre, A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions*, cit. nota 30, capp. 5-6.

⁴⁷ Noto è il caso *Santa Clara Pueblo v. Martinez*, 1978: v. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions*, cit. nota 30, pp. 18-20; M.C. LÂM, "Between Nationalism and Feminism: Indigenous Women, Community, and State", in AA.VV., *Engaging Cultural Differences. The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*, ed. by R.A. Shweder, et al., Russel Sage Foundation, New York, 2002, pp. 271-287, pp. 282-284.

caso delle perdenti: se il giudice statale riconosce il loro buon diritto vengono emarginate o espulse dal gruppo, se soccombono sono costrette a continuare a subire maltrattamenti. In questi casi – che si concretizzano, ad esempio, nella tutela del diritto all'integrità fisica di contro al pericolo di subire una mutilazione genitale – alcuni autori formulano l'ipotesi che sia più favorevole una soluzione di compromesso che salvaguardi sia norme ed usanze tradizionali, sia i diritti delle donne, ma senza fare loro correre il rischio di non essere più accettate dal gruppo⁴⁸.

Infine, la soluzione di questi “casi difficili” richiede che la ricostruzione del caso e l'individuazione e interpretazione delle norme avvengano in modo – weberianamente – “comprendente”, a partire dai principi di eguale considerazione e rispetto e di pluralismo culturale⁴⁹. Perciù, l'agire guidato da regole istituzionali deve essere inteso in base al senso intenzionato dall'agente secondo la “presunzione” del valore dell'istituzione in questione, mentre il comportamento viene giudicato compatibilmente ai principi costituzionali. Ad esempio, da un lato, in considerazione del rispetto della cultura straniera e del pluralismo, questo può comportare il riconoscimento del matrimonio poligamico celebrato all'interno della comunità, nonostante contrasti con il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, c. 2 Cost. it.); dall'altro, implica – per rispettare la dignità personale – la critica dell'istituzione per via giurisdizionale, che, in caso di conflitto tra i coniugi, garantisce alla parte più debole – la donna – le tutele in materia di separazione e divorzio, sostentamento, affidamento dei figli, ecc., attraverso l'applicazione degli artt. 3 e 29 Cost. it., e del diritto di famiglia italiano⁵⁰.

⁴⁸ Il principio è quello dell'*accomodation*: v. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions*, cit. nota 30, cap. 5.

⁴⁹ Sulla difficoltà di determinare i fatti e individuare la norma da applicare in situazioni pluraliste v. F. BELVISI, “Situando l'analisi: pluralismo normativo e tutela giuridica dei soggetti vulnerabili nella società multiculturale”, in AA.VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, a cura di Th. Casadei e L. Re, vol. 1, Diabasis, Reggio Emilia, 2007, pp. 171-187; per i casi penali v. B. PASTORE, “Identità culturali, conflitti normativi e processo penale”, cit. nota 1, pp. 50-61.

⁵⁰ Più approfonditamente sul tema v. F. BELVISI, “Una riflessione normativa per la società multiculturale. L'esempio del matrimonio islamico”, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, num. 4, 2003, pp. 28-47, pp. 42-47. Per un'argomentazione differente, v. B. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Palgrave, Basingstoke, 2000, pp. 282-292. Il criterio che propongo nel testo può trovare un certo riscontro nella prassi giudiziale del diritto internazionale privato, che segue la “teoria dei due stadi”: v. E. JAYME, “Diritto di famiglia: Società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto*

Pertanto, in considerazione del principio di non discriminazione, nella mia prospettiva, non si tratta tanto di dare semplicemente efficacia all' interno del diritto statale a "norme provenienti da altri ordinamenti giuridici", quanto di riconoscere il valore normativo delle istituzioni di culture diverse e -rispettandole- di applicare le regole che le costituiscono, "accomodandole" in conformità ai principi fondamentali della costituzione.

internazionale privato e processuale, num. 2, 1993, pp. 295-304, pp. 301-302; L. MELICA, "Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale", in AA.VV., *La tutela giuridica delle minoranze*, a cura di S. Bartole, *et al.*, Cedam, Padova, 1998, pp. 189-224, p. 205; N. COLAIANNI, "Poligamia e principi del 'diritto europeo'", *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, num. 1, 2002, pp. 226-261, p. 242-244.

GLOBALIZACIÓN Y JUSTICIA (CINCO SUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DE DERECHO EUROPEO POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES)

Santiago Ripol Carulla

Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Pompeu Fabra

INTRODUCCIÓN

Es común afirmar que la globalización ha tenido como consecuencia la degradación de la soberanía del Estado nación. Este proceso, se añade, afecta tanto al ejercicio de las competencias territoriales como personales del Estado e incide sobre todo en el ejercicio de las funciones económicas que anteriormente le eran reservadas¹. También en los procesos de toma de decisiones políticas fundamentales y de elaboración autónoma de las normas jurídicas correspondientes. Ciertamente, el legislador estatal ya no es único: convive, entre otros, con los parlamentos y gobiernos de las entidades regionales y de los entes locales, las administraciones independientes, dotadas a su vez de capacidad normativa o para emitir informes y dictámenes, los comités de especialistas y expertos, cada vez más frecuentes tanto en el plano nacional como internacional, encargados de la aprobación de las normas de armonización técnica. A lo anterior hay que añadir el creciente –imprescindible– recurso al Derecho internacional y la obligada aplicación del Derecho de la Unión Europea.

¹ Mas no por ello puede hablarse, como lo han hecho determinados autores, de la muerte del Estado nación. En este sentido ha de decirse que las funciones primarias del Estado, la ley y el orden, permanecen básicamente intactas, que las fronteras no han desaparecido, antes al contrario, en lo que se refiere a la entrada y salida de bienes y personas. Por lo demás, las áreas de prestación social siguen en muy buena medida bajo su control: educación pública, sanidad, planificación medioambiental, cultura, ... como también la política impositiva imprescindible para desarrollar las políticas mencionadas. Una aproximación muy interesante a la cuestión, en F. VALLESPÍN, "El Estado en la globalización", en I. CRESPO MARTÍNEZ (Ed.), *El estudio de la política: problemas y horizontes*, Madrid: Thomson / Civitas, 2003, 159-186.

Pretendo en este trabajo responder a la pregunta siguiente: ¿cómo han reaccionado los jueces y tribunales españoles cuando para resolver un asunto han debido aplicar las normas del DIP y de DUE? Para hacerlo tomaré en consideración 5 casos relevantes relacionados con los retos que plantea la globalización, a saber: 1) el desarrollo científico y técnico y la sociedad del riesgo, 2) la universalización de las comunicaciones, 3) la ordenación de un mercado en el que el Estado ya no es actor principal sino mero garante de la competencia y 4) regidos por unos principios básicos recogidos en tratados internacionales de alcance diverso, y, finalmente, 5) el recurso a la armonización legislativa internacional para hacer frente a los nuevos problemas sociales. Los casos han sido seleccionados en base a un segundo criterio: mostrar no sólo que la respuesta no ha sido unívoca sino también las dificultades que pueden surgir en el momento de aplicar unas normas que, aun formando parte del Derecho interno, han sido adoptadas en un Ordenamiento ajeno al del operador jurídico a quien corresponde su aplicación.

II. LA FLEXIBILIDAD DEL DERECHO ANTE LA TÉCNICA

A) La reconstrucción de categorías y conceptos tradicionales

En ocasiones la estrategia de los tribunales nacionales para resolver los problemas interpretativos que las nuevas tecnologías plantean en el Derecho ha consistido en la reconstrucción de los instrumentos conceptuales tradicionales². T.E. Frosini ha señalado que esta forma de actuación ha sido seguida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos cuando ha debido enfrentarse a diversos asuntos relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión en

² De igual modo ha actuado el legislador quien, para regular determinadas realidades de aparición reciente, se nutre de técnicas jurídicas y legislativas establecidas con anterioridad, prefijadas para situaciones distintas y que deberá adaptar a las nuevas realidades. Como señala L. Martín-Retortillo, este fenómeno puede encontrarse en todos los cuerpos legales que ordenan nuevos procesos de producción energética. A continuación, con ánimo de ejemplificar este aspecto trae a colación la formación de las normas de derecho español ordenadoras de la energía hidroeléctrica. Éstas, vertebradas en un primer momento en el Decreto De la Cierva (1921), se constituyeron a partir de la Ley de aguas, que había sido adoptada en 1866, con anterioridad, por lo tanto, a la aparición de la industria hidroeléctrica. Ver, L. MARTÍN-RETORTILLO, *Energía nuclear y Derecho*, Madrid, 1964, pp. 31-37. Idéntica es la vía seguida por la normativa de los hidrocarburos o la industria del gas.

Internet y sus límites³. Pero en la práctica judicial española hay asuntos que permiten poner de manifiesto cómo el juez nacional ha seguido este proceder. Tal es el caso del Tribunal Constitucional cuando se ha enfrentado a una realidad que es propia de la sociedad industrializada, la repercusión de los olores o del ruido en la vida cotidiana de las personas⁴.

Para comprender la jurisprudencia del TC sobre este particular es preciso tomar en cuenta que previamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había dictado dos sentencias referidas a España sobre la cuestión (Sentencias *López Ostra*, de 23 de noviembre de 1994, y *Moreno Gómez*, de 16 de noviembre de 2004). En estas sentencias se condena a España por violación del derecho a la vida privada de los recurrentes. Esta vulneración del art. 8 CEDH obedece a que el derecho español no garantiza la inviolabilidad del domicilio frente a los daños medioambientales graves⁵. La cuestión de fondo es importante pues ocurre que la Constitución Española concibe el derecho a la inviolabilidad del domicilio como expresión del derecho a la intimidad y circunscribe su contenido a la defensa fundamentalmente frente a intromisiones físicas en el domicilio personal. Como ha indicado F. Velasco difícilmente puede conciliarse esta concepción con la Sentencia *López Ostra*, por medio de la cual el TEDH

³ Se refiere, en concreto, a la importante Sentencia de 26 de junio de 1997 relativa a la inconstitucionalidad de la ley que impedía las comunicaciones indecentes aparecidas en Internet. T.E. FROSINI, "Nuevas tecnologías y constitucionalismo", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 124, abril-junio de 2004, pp. 129-147.

⁴ Ciertamente las consideraciones que a continuación se realizan pueden extenderse a otros ámbitos del Derecho, todos aquellos surgidos y consolidados para dar respuesta a los potenciales efectos negativos que el desarrollo científico y técnico puede tener sobre la sociedad (por ejemplo: el derecho de la protección de datos personales, las normas que procuran la ordenación de las técnicas de manipulación genética o el derecho de la seguridad alimentaria).

⁵ Ya en su Sentencia *Powell y Rainer c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990, el TEDH consideró que, en determinados casos de singular gravedad, la protección frente a los daños medioambientales es parte integrante del derecho a la vida privada y familiar. Esta interpretación amplia del contenido del art. 8.1 CEDH responde al entendimiento del TEDH de que los Estados deben garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención de Roma de forma efectiva, tomando en consideración las situaciones de hecho de cada momento. Así, la Sentencia *Powell y Rainer* concedió el amparo del Convenio a los demandantes en razón de la escasa diligencia mostrada por las autoridades británicas para hacer frente a la contaminación acústica provocada sobre los señores Powell y Rainer por los movimientos de los aviones del aeropuerto de Heathrow. Ver, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El ruido de los grandes aeropuertos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid: Civitas, 1996, pp. 5389-5404.

“ha creado (a partir del art. 8.1 CEDH) un “derecho general de libertad” sobre un espacio determinado (el domicilio)⁶.

Como se ha dicho el TEDH ha declarado en dos asuntos que España ha vulnerado el art. 8 CEDH. El primero de estos asuntos tiene origen en la demanda interpuesta por Gregoria López Ostra ante el TEDH. Antes de proceder al examen de la Sentencia resulta de interés conocer el iter procesal habido en España.

En los terrenos del Ayuntamiento de Lorca y con subvención del Estado se construye por parte de las empresas del polígono industrial SACURSA una estación de depuración de aguas y desechos. Esta estación está situada a 12 metros del domicilio de la Sra. Gregoria López Ostra.

La estación inicia su actividad en julio de 1988 sin haber obtenido la licencia previa del Ayuntamiento. Su puesta en marcha provoca emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminación debido a fallos en su funcionamiento, que provocan inmediatamente problemas de salud y ruidos a numerosos habitantes de la localidad. El Ayuntamiento desaloja a los residentes del barrio principalmente afectado y los realoja gratuitamente en el centro de Lorca.

El 9 de septiembre de 1988, tras numerosas quejas y a la vista de los informes emitidos por la Agencia para el Medio Ambiente y la Naturaleza de Murcia (AMAN), el Ayuntamiento ordena la parada de una de las actividades de la estación y la decantación de residuos químicos y orgánicos en vasijas de agua

⁶ A continuación, expresando su posición crítica con la Sentencia (que califica como exceso interpretativo), expone el razonamiento seguido por el TEDH: “El CEDH carece de una cláusula general de libertad o de un derecho general de libertad (...) El CEDH protege ‘libertades concretas’, no la libertad, sin más. Y ello a diferencia de algunos textos constitucionales, como la Ley Fundamental de Bonn (art. 2.1 GG) que proclama con carácter general el derecho fundamental al ‘libre desarrollo de la personalidad’. La ausencia de ese derecho general de libertad en el CEDH se ha resuelto mediante la interpretación extensiva de los derechos del art. 8.1 CEDH (respeto a la vida privada y familiar, domicilio y a la correspondencia). Sobre la base de un concepto amplio de privacidad (privacy), más anglosajón que continental, el TEDH ha formulado un verdadero derecho al libre desarrollo del individuo. De esta forma, el derecho a la inviolabilidad del domicilio (una especie, del género privacidad), del art. 8.1 CEDH, ha pasado a ser un ‘derecho a la libertad en el domicilio’. El art. 8.1 protege al individuo en su domicilio contra cualquier injerencia exterior que impida o dificulte su libertad de movimientos; sea la injerencia una entrada corporal, humos o ruidos”. F. VELASCO CABALLERO, “Protección del Medio Ambiente en el constitucionalismo europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 190, noviembre de 2000, pp. 183-190 (en particular, pp. 188-189).

(lagunaje). A pesar de todo persisten ciertas molestias que pueden constituir un peligro para la salud de los vecinos.

La Sra. López Ostra interpone ante la Audiencia Territorial (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia un recurso para la protección de los derechos fundamentales. Se queja de una injerencia ilegítima en su domicilio y en el disfrute pacífico del mismo, de un daño a su integridad física y moral, a su libertad y seguridad (arts. 15, 17.1, 18.2 y 19 CE) provocados por la actitud pasiva de la Administración. El Tribunal recoge diversos testimonios y encarga a la AMAN un informe. Éste es emitido en fecha 19 de enero de 1989 y constata que el emplazamiento de la estación no es el adecuado. La Audiencia dicta Sentencia en fecha 31 de enero de 1989 desestimando la demanda: no existe un grave peligro para la salud de las familias que habitan en el barrio sino más bien un deterioro de su calidad de vida que no es suficientemente importante para considerar que ha habido la alegada violación de los derechos fundamentales. En todo caso, ésta no sería imputable al Ayuntamiento de Lorca.

Se interpuso recurso ante el Tribunal Supremo. El Fiscal considera que la situación descrita constituye una injerencia arbitraria e ilegal de las autoridades públicas en la vida privada y familiar de la demandante (art. 18 en relación con los arts. 15 y 19 CE). Por Sentencia de 27 de julio de 1989 el TS desestima el recurso pues, según su parecer, no ha habido una intromisión ilegítima en el domicilio de la recurrente ya que ningún agente público ha entrado en el domicilio de la demandante.

Formulado recurso de amparo, el TC declaró la inadmisibilidad del mismo por falta manifiesta de fundamento ya que la existencia de humos, olores y suciedad no constituye en sí misma una violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El día 14 de mayo de 1990 la Sra. López Ostra plantea una demanda ante los órganos de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En su demanda invoca los artículos 8.1 y 8.2 CEDH y se considera víctima de una violación del derecho al respeto a su domicilio que hace imposible su vida privada y familiar, así como de un trato degradante. En su demanda la Sra. G. López Ostra se duele de la inactividad del Ayuntamiento de Lorca ante los daños causados sobre su salud y la de su familia, así como sobre la vida privada y familiar en el interior de su domicilio provocados por la estación depuradora instalada a escasos metros de su domicilio.

Tras examinar su queja, el TEDH concluye que ni el Ayuntamiento de Lorca cumplió con los deberes que le eran exigidos ni las autoridades estatales adoptaron las medidas necesarias para proteger el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar. Para el Tribunal de Estrasburgo el Ayuntamiento no sólo no adoptó ninguna medida después del 9 de septiembre de 1988, fecha de aprobación de la correspondiente Sentencia por el TSJ de Andalucía, sino que trató de contrarrestar las decisiones judiciales que podrían exigirle una tal acción. Adicionalmente, el TEDH señala que los otros órganos del Estado contribuyeron a prolongar la situación al no ejecutar el cierre decretado por el Juez de instrucción de Lorca el 15 de noviembre de 1991 en el curso del procedimiento por delito ecológico. Por último, el TEDH entiende que el hecho de que el Ayuntamiento asumiera los gastos de un apartamento en el centro de Lorca ocupado por la familia de la demandante durante 1 año, no puede ocultar que los interesados han debido sufrir durante más de 3 años los daños provocados por la depuradora objeto de marras (párrafos 56-57). Por tanto, el TEDH concluye que no se ha sabido encontrar el justo equilibrio entre el interés del bienestar económico del Ayuntamiento de Lorca y el disfrute efectivo por parte de la Sra. López Ostra del derecho al respecto de su domicilio y de su vida privada y familiar⁷.

En esta Sentencia el TEDH fija su doctrina sobre la inviolabilidad del domicilio por daños medioambientales graves. Esta doctrina es, en síntesis, la siguiente: 1) Hay ocasiones en las que determinados daños al medioambiente especialmente graves pueden hacer inviable la vida de los particulares en su domicilio. Es el caso del ruido en las cercanías de los grandes aeropuertos o de las emanaciones de olores y humos provocadas por una planta depuradora en una vivienda situada a escasos metros de la misma. 2) Ha de haber una re-

⁷ Entre los comentarios a esta sentencia, ver, J. EGEA FERNÁNDEZ, "Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (A propósito de la sentencia del TEDH de 9 de diciembre)", *Derecho privado y Constitución*, n. 9, 1996, pp. 323-364; M.E. GARCÍA JIMÉNEZ, "El derecho humano a un medio ambiente sano, a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto <López Ostra c. España> (Sentencia 41/1993/436/515 de 9 de diciembre de 1994), en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*, Valencia: Universidad de Valencia, 1997, pp. 825-847; F. VELASCO CABALLERO, "La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "López Ostra contra España")", *REDC*, n. 45 1995, pp. 305-324; A. WILLEM HERINGA, "Private Life and the Protection of the Environment", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 2 1995, pp. 196-204.

lación de causalidad entre el ruido, los olores, los humos, etcétera y los daños que éstos provocan sobre los recurrentes. En principio la carga de la prueba de esta relación y de su gravedad recae sobre los afectados. 3) Esta prueba ha de demostrar también que las autoridades públicas no han cumplido con los deberes que les son exigibles de evitar o disminuir tales daños al medioambiente y de proteger a los afectados⁸.

La incorporación de esta doctrina en la jurisprudencia del TC se ha producido a través de dos sentencias, que han asumido sus contenidos progresivamente⁹. La primera de estas sentencias –STC 199/1996, de 3 de diciembre– tiene su origen en la querrela interpuesta por un grupo de vecinos de Sobrado-Meicende-Arteixo con motivo de las obras de ampliación de la refinería de Repsol Petróleo en la zona de Bens. En esta sentencia el TC no entró a juzgar si había habido vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio o a la intimidad. En la demanda de amparo –centrada en el archivo de una denuncia por delito ecológico– sólo se alegaba la vulneración de los arts. 24.1 y 24.2. CE¹⁰.

Sin embargo, la STC incluye un *obiter dictum* muy importante. En este *obiter* el TC: señala que la importancia del derecho al medio ambiente ha sido puesta de relieve por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia *López Ostra* (FJ 2); expone los avances legislativos habidos en España en la materia (FJ 3); recuerda que como tal, el derecho al medio ambiente se presenta en España como un principio rector, no como un derecho fundamental; indica

⁸ Para un examen de la misma, ver, A. CARRILLO DONAIRE, “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86, 1995, pp. 273-285; L. JIMENA QUESADA; B. S. TOMÁS MALLÉN, “El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RGD*, núm. 618 (1996), pp. 2135-2179; B. LOZANO CUTANDA, “La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostrac. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, n. 1 (2002), pp. 175-205. Ver, especialmente, SANDS, Ph., “Human Rights, Environment and the López-Ostra Case: Context and Consequences”, *European Human Rights Law Review*, n. 6 1996, pp. 597-618.

⁹ Con anterioridad lo había hecho la Sección Tercera del TSJ de la Comunidad de Valencia en su Sentencia 235/97, de 7 de marzo, con apoyo en el art. 10.2 CE. Ver, D.I. GARCÍA SAN JOSÉ, “La dimensión medioambiental del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico español”, *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, n. 12, 1997, pp. 549-562.

¹⁰ Fue en el escrito evacuando el traslado del art. 52 y en el escrito presentado en el trámite de alegaciones del art. 50.3 LOTC cuando se introdujo, junto a otras alegaciones, la queja relativa a la violación del art. 18 CE.

que este principio rector exige la aprobación de normas que establezcan medidas preventivas y correctoras de carácter administrativo; por último, el TC recuerda que en ninguna fase del procedimiento los demandantes han atacado la inactividad de la Administración (FJ 4).

En definitiva, la STC 199/1996 atiende de la jurisprudencia del TEDH, acepta su doctrina básica (en determinados casos de especial gravedad los daños ambientales pueden llegar a vulnerar el derecho de una persona a su vida personal y familiar del art. 8 CEDH), y la línea argumental que llevó al Tribunal de Estrasburgo a entender que en aquella ocasión se produjo la vulneración del mencionado derecho¹¹.

La recepción de la doctrina de Estrasburgo, por fin, se ha producido a través de la STC 119/2001¹². El origen de esta sentencia fue la solicitud formulada por la Sra. Moreno Gómez al Ayuntamiento de Valencia de que le fuera abonada una determinada cantidad en concepto de indemnización por vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud, intimidad e inviolabilidad del domicilio. La mencionada solicitud de indemnización se fundamentaba en la elevada contaminación acústica que venía padeciendo en su domicilio, situado en una zona donde había multitud de establecimientos molestos.

Al examinar la STC 119/2001 conviene hacer notar, en primer lugar, la posición del Ministerio Fiscal. El Fiscal ante el TC abogó por ampliar el concepto constitucional de domicilio. Sobre la base de la sentencia *López Ostra*, el Fiscal indicó que la inviolabilidad del domicilio podría quedar afectada si el medioambiente circundante hace imposible la vida en su interior.

¹¹ En concordancia con lo anterior, F. Velasco Caballero ("El Medio Ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio recto?", *Administración de Andalucía*, n. 19, 1994. pp. 77-121)) que con anterioridad a la STEDH *López Ostra*, la cuestión que se planteaba en España era si la protección del medioambiente constituía un principio rector de la CE o a lo sumo un derecho subjetivo de configuración legal; en ningún caso se concebía tal protección como un derecho fundamental.

¹² Un examen de la misma, en J. EGEA FERNÁNDEZ, "Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno. Recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo)", *Derecho privado y Constitución*, n. 15, 2001. pp. 69-105; J. PÉREZ MARTOS, "La protección jurisdiccional frente al ruido: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo", *Revista de Estudios de la Administración Local*, n. 288, 2002, pp. 215-244.

Esta posición es aceptada por el TC, en cuya sentencia pueden seguirse los 5 pronunciamientos siguientes: 1) En el FJ 5 el TC recoge su doctrina sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, uno de cuyos elementos fundamentales es la noción de domicilio inviolable, que desarrolla. 2) Todavía en este FJ 5 reconoce que las nuevas realidades de la sociedad tecnológica imponen una revisión de esta doctrina para hacer que estos derechos resulten reales y efectivos. Y señala que el TEDH ya lo ha hecho así. 3) A continuación –en el FJ 6– remite al art. 10.2 CE y destaca que con base en el mismo el TC se ha hecho eco de esta doctrina, con cita expresa de la STC 199/1996, a cuyo *obiter* se ha hecho referencia previamente. 4) El Tribunal procede acto seguido a realizar una interpretación del art. 18 CE conforme con la jurisprudencia del TEDH. En este sentido afirma que “una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida” (FJ 6). 5). Por último, en el FJ 7, el TC aplica la doctrina anterior al presente asunto. Al hacerlo razona a partir de los parámetros en los que lo hizo el TEDH y deduce que, ante la falta de pruebas, no procede otorgar el amparo¹³.

La Sra. Moreno Gómez recurrió ante el Tribunal de Estrasburgo, lo que dio origen a la STEDH de 16 de noviembre de 2004. Ante la alegación del Gobierno de que la demandante no había probado la intensidad de los ruidos en el interior de su domicilio, el TEDH responde: “La exigencia de esta prueba, en este caso, resulta muy formalista dado que las autoridades municipales habían ya calificado la zona donde vive la demandante como <Zona Acústicamente Saturada>, esto es, una zona que sufre un impacto sonoro elevado que

¹³ La Sentencia se acompaña de dos Votos Particulares concurrentes formulados por los Magistrados Jiménez de Parga y Garrido Falla. El primero señala que las condiciones que se han exigido para apreciar la violación de los DF resultan excesivas. Según su opinión, procede hablar de una triple escala de protección constitucional: derecho a integridad física y moral (art. 15), a un medioambiente adecuado (45.1), derecho a intimidad del domicilio (art. 18.2). El segundo indica que el asunto esconde un problema previo que no se ha abordado suficientemente: saber hasta qué punto la administración está obligada a dar la protección solicitada. Esta obligación era la condición necesaria para admitir o negar la existencia de una relación de causalidad entre la inactividad de la administración y la violación alegada. Según su parecer, este poder de la administración es obligatorio cuando la lesión de los DF alcanza un cierto nivel de gravedad.

constituye una fuente de agresión importante para sus habitantes (ordenanza municipal de 28 de junio de 1986)”.

Tomando en cuenta la intensidad de las molestias sonoras, más allá de los niveles autorizados y durante la noche, y el hecho de que estas molestias se repiten durante años, el TEDH concluye que ha habido un atentado a los derechos protegidos en el art. 8 CEDH. Reconoce que la Administración municipal ha adoptado medidas, en principio adecuadas, pero añade que durante el período afectado, la Administración ha tolerado el incumplimiento reiterado de su reglamentación. Los hechos muestran –concluye– que la demandante ha sufrido “un grave atentado a su derecho al respeto del domicilio en razón de la pasividad de la Administración ante la juerga nocturna”.

Tras realizar el examen de las SSTC 199/1996 y 119/2001¹⁴, cabe concluir que no ha habido por parte del Tribunal Constitucional creación de un derecho fundamental no reconocido por la Constitución: ni el art. 10.2 CE ha sido un medio para incorporar al derecho español un derecho fundamental nuevo ni el CEDH ni las sentencias del TEDH han sido fuente para la creación de un derecho fundamental no previsto en la CE. Sí ha habido, como señalaba T.E. Frosini respecto del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, un ejercicio de

¹⁴ También es preciso referirse a la STC 16/2004, de 26 de marzo. Es ésta una Sentencia que se centra en la adecuación al principio de legalidad sancionadora de una sanción impuesta al recurrente, dueño de un bar, por la Alcaldía de Gijón. Sin embargo, antes de examinar este aspecto, el Tribunal reitera la doctrina sobre la dimensión positiva alcanzada por los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales; a estos efectos, sigue su STC 199/2001, FFJJ 5 y 6 basada, como se ha expuesto, en la STEDH de 23 de noviembre de 1994. A continuación, la Sentencia procede a considerar si la resolución sancionadora adoptada por el Ayuntamiento se ajusta o no a las exigencias derivadas del principio de legalidad en la materia. Tras recordar su doctrina sobre el particular, niega que se haya producido una vulneración del art. 25.1 CE. Por fin, conviene reseñar, como hace notar M. Pulido Quecedo, que la STC 25/2004, de 26 de febrero, que trataba de un asunto similar, obvia realizar cualquier consideración sobre la vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, pues “se atiende a la estricta consideración de la legalidad de la sanción impuesta, sin atención alguna al tema constitucional del ruido sobre la base de que la sanción impuesta afectaba a la protección del medio ambiente por emisión de ruido y vibraciones (‘ejercicio de actividades industriales, la de espectáculo, con puertas o ventana abiertas’)”. Critica M. Pulido la diferencia en la solución dada por las dos Salas del TC a casos semejantes. Esta disparidad de entendimientos –concluye– contribuye a “la confusión en la aplicación de las leyes (...) en un momento de cambio de la legislación sectorial”. M. PULIDO QUECEDO, “La dispar lucha contra el ruido en la reciente jurisprudencia constitucional”, *RATC*, núm. 3/2004, pp. 1840-1843.

reconstrucción de categorías y conceptos anteriores. Ciertamente, el TC ha procedido a concretar a la nueva realidad social un derecho de la Constitución, lo que supone abrir nuevas perspectivas en el mismo. En todo caso, el TC ha razonado tanto el vínculo con el derecho fundamental como la necesidad de esta nueva dimensión (tal es su voluntad de proteger derechos y libertades reales y efectivos).

Estos dos elementos –vínculo con el derecho fundamental constitucionalmente reconocido; debido razonamiento del TC– son los parámetros en los que el TC ha precisado los límites a su vinculación a la jurisprudencia de Estrasburgo; parámetros que coinciden, por otra parte, a los empleados cuando el TC ha realizado determinadas interpretaciones de derechos no susceptibles de amparo para darles cobijo entre los artículos 14-30 CE¹⁵.

B) La importancia de la prueba (de nuevo en manos de la técnica)

Como ha podido apreciarse, las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a una injerencia novedosa como son los daños medioambientales graves, además de recurrir a categorías constitucionales ya existentes, se caracterizan por poner de manifiesto la importancia de la prueba. Ciertamente no podría ser de otro modo, pues la constatación de la existencia de un ruido o de unos olores insostenibles y de sus efectos sobre el particular requiere de mediciones técnicas.

Así lo pone de relieve la STC 150/2011, de 29 de septiembre, que, entre otras cosas, vuelve a dar la palabra al TEDH en el intenso debate que en esta materia mantiene con el TC.

En 2003 don Miguel Cuenca, vecino de la plaza donde vive la Sra. Moreno Gómez, formuló demanda de amparo ante el TC. Esta demanda fue inadmitida por una providencia dictada en octubre de 2004. Pero, dándose la circunstancia de que días después el TEDH hubo dictado su sentencia Moreno Gómez, el Fiscal ante el TC interpuso recurso de súplica contra la citada providencia. Por ATC 37/2005 se acuerda estimar el recurso de súplica y dejar sin efecto la providencia recurrida. Se afirma que la STEDH justifica

¹⁵ P. PÉREZ TREMP, "Artículo 41", en J. L. REQUEJO PAGÉS (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid: Tribunal Constitucional / BOE, 2001, pp. 639-642.

plenamente la reconsideración del recurso de amparo. La STC 150/2011, pese a recoger la doctrina expuesta, no concede el amparo solicitado por no haberse “acreditado una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aducidos imputable al Ayuntamiento de Valencia”. Para el TC, “llegar a una conclusión distinta sería tanto como afirmar que, siempre que en una zona declarada acústicamente saturada o que reciba calificación protectora similar, cuando el ruido ambiental supere los niveles máximos autorizados, todos los que tengan en ella su domicilio, por esa mera circunstancia y sin necesidad de prueba individualizada, estarían sufriendo sendas vulneraciones de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad domiciliaria (18.1 y 2 CE)” (FJ 7).

III. LA SUJECIÓN DEL DERECHO AL DERECHO INTERNACIONAL FUNCIONAL

1. Una normativa indisponible para España

El progreso científico y técnico habido durante el siglo XX ha producido, entre otras cosas, una muy importante intensificación de las relaciones internacionales. La globalización de la economía y de la sociedad es la más reciente expresión de este hecho. Pero conviene no olvidar que los avances científicos y técnicos han sido una constante en el desarrollo de la humanidad. Y que, de hecho, han estado íntimamente ligados al proceso formativo de la comunidad internacional y del Derecho internacional público. G.E. do Nascimento e Silva señaló que las primeras contribuciones científicas del Derecho internacional, tanto del padre Vitoria como de H. de Grocio, estuvieron vinculadas a los cambios introducidos a comienzos de la Edad moderna en la navegación, lo que provocó la apertura de nuevas rutas comerciales y el descubrimiento del Nuevo mundo¹⁶.

El Derecho internacional, por lo tanto, cuenta con cuerpos normativos muy desarrollados cuyo objeto es reglamentar la cooperación de los Estados en la explotación de los avances científicos y técnicos y su aplicación a las

¹⁶ G.E. do NASCIMENTO e SILVA, “The influence of science and technology on International Law”, *GYBIL*, 1984, pp. 196-211.

comunicaciones¹⁷. Cuando, como consecuencia de la globalización, los conflictos sobre el régimen jurídico de las comunicaciones se plantean también a escala interna, el juez nacional debe afrontar la aplicación de estas normas de Derecho internacional funcional, pues estas normas modulan los regímenes internos correspondientes. Esta influencia se puede considerar a partir de las normas jurídico-internacionales relativas a las telecomunicaciones¹⁸. Esta normativa internacional informa al derecho español en la materia. El carácter marcadamente técnico de las resoluciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones determina su obligatoriedad, según especifican los tratados constitutivos correspondientes. De este modo esta normativa informa los aspectos esenciales del Derecho español de las telecomunicaciones y resulta indisponible para España.

De entrada, procede decir que la conformación de un cuerpo de normas jurídicas regulador de la transmisión internacional de las informaciones ha

¹⁷ Entendiendo este término en su más amplia expresión, esto es, como forma de contacto entre dos o más personas y comprendiendo, por lo tanto, las siguientes actividades: comunicación, relativa al movimiento de informaciones e ideas; transporte, relacionada con los movimientos de los objetos físicos; viajes, relacionada con los movimientos de personas; y transacciones, relativa al movimiento de capitales. E.W. PLOMAN, *International Law Governing Communications and Information*, London, 1982, pp. xiii-xiv ("Introduction").

¹⁸ También podría ilustrar este aspecto las normas internacionales relativas al uso pacífico de la energía nuclear. Ciertamente la primera manifestación del interés de los Estados por el establecimiento de un sistema de actuación internacional en el ámbito de la energía nuclear partió de los tres primeros países poseedores del conocimiento necesario para el uso de la energía atómica, a la sazón Estados Unidos, el Reino Unido y Canadá.

En una Declaración conjunta firmada en Washington el 15 de noviembre de 1945, Truman, Atlee y Mackenzie King señalaron que sus países "estaban preparados para, sobre bases recíprocas, compartir con otros Estados de las Naciones Unidas información detallada relativa a la aplicación industrial de la energía nuclear". Este intercambio de información quedaba condicionado al establecimiento de un sistema efectivo de garantías que preservara el uso de la energía nuclear con fines destructivos (párrafo 6).

Los Jefes de Estado y Presidentes de Gobierno de EE.UU., Reino Unido y Canadá proponían asimismo la creación de una Comisión en el seno de las Naciones Unidas con competencia para realizar propuestas sobre esta materia (párrafo 7).

Atendiendo a esta iniciativa, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad, el 24 de enero de 1946, su Resolución 1 (I), constitutiva de la Comisión de las Naciones Unidas para la Energía Atómica (United Nations Atomic Energy Commission). La Comisión, dependiente únicamente del Consejo de Seguridad, se convirtió en el más importante foro de debate mundial sobre energía nuclear, pues en ella se plantearon y discutieron numerosas propuestas sobre los usos que debía darse a esta energía, destacando la propuesta formulada en junio de 1946 por el Representante de los EE.UU., Bernard M. Baruch.

sido una de las constantes del Derecho internacional público. De hecho, tal conjunto de reglas acompaña los diferentes avances que en este campo y en el transcurso del tiempo se van sucediendo, siendo así, por ejemplo, que en 1.849, apenas un lustro después de que Morse inventara el telégrafo (1.844), Austria y Prusia celebran un acuerdo para la comunicación entre sus líneas telegráficas. H.K. Jacobson indica al respecto que, en un principio, los Estados pudieron confinar sus comunicaciones al interior de sus fronteras, mas por diversas razones, especialmente el comercio, optaron por sobrepasar el marco de su territorialidad ¹⁹.

Esta elección comporta el adoptar ciertas medidas que incluso en su mínima expresión tratarán de homogeneizar los equipos, distribuir el tendido de una forma adecuada, garantizar la compatibilidad de la prestación entre los diversos servicios que se ofrecen, etcétera. De hecho, la primera convención multilateral adoptada en relación a esta cuestión, ligada a la sazón a las transmisiones telegráficas internacionales y encaminada a constituir una estructura administrativa que facilitara un entendimiento interestatal de naturaleza permanente, data de 1865²⁰.

El derecho de las telecomunicaciones procura ordenar el uso equitativo de los medios (aéreo, espacial, terrestre, marítimo) a través de los que circula la señal electromagnética portadora del mensaje. En consecuencia, reglamenta la utilización del espectro de frecuencias y los estándares y procedimientos relacionados con las operaciones de las redes telegráficas y telefónicas.

En la actualidad la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) es responsable de la regulación internacional de las telecomunicaciones. La revisión constante de la Convención Internacional de Telecomunicaciones por la Conferencia de Plenipotenciarios es quizás la máxima expresión del quehacer normativo de esta Organización²¹.

¹⁹ H.K. JACOBSON, "International Institutions for Telecommunications: The ITU's Role", en E. Mc WHINNEY, *The International Law of Communications*, Leyden, 1971, pp. 51-68.

²⁰ Para una historia de los acuerdos internacionales y de las organizaciones internacionales vinculadas al desarrollo de las telecomunicaciones, ver F. FERNANDEZ-SHAW, *Organización Internacional de las telecomunicaciones y de la radiodifusión*, Madrid: Tecnos, 1978, pp. 32-44.

²¹ Una aproximación doctrinal a estas reformas en F. ESTEVE, *Régimen jurídico de los servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Europea*, Tesis doctoral inédita, U.A.B. 1993, pp. 355-392. Asimismo, D. ARCE JOFRE, "Regulación en el sector de las telecomunicaciones", en *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*; Madrid: Iustel, 2011, pp. 429-464.

Sin embargo, en la actividad reguladora de la UIT participan otros dos órganos: la Conferencia Administrativa Mundial para la Regulación de la Radio, que gobierna sobre el uso del espectro de frecuencias radiofónicas, y la Conferencia Administrativa Mundial para la regulación del Telégrafo y del Teléfono, que fija los estándares y los procesos que deben regir las operaciones y las redes telefónicas y telegráficas internacionales. Los cuerpos normativos elaborados por una y otra Conferencia tienen un alcance obligatorio para los Estados miembros de la UIT, considerándose como Anexos a la Convención²². Dos órganos permanentes –el Comité Consultivo para la Comunicación Radiofónica y el Comité Consultivo para el Telégrafo y el Teléfono– se encargan de fijar, a través de actos normativos no vinculantes pero globalmente aceptados por los Estados miembros, los estándares técnicos particulares²³.

2. Que condiciona la actuación del juez

En razón de su objeto y de los procesos de su aprobación estas normas de Derecho internacional tan vinculadas a aspectos técnicos de las telecomunicaciones se imponen a los Estados. Ya se ha visto que su incorporación a las leyes que reglamentan estas cuestiones se produce inmediatamente y prácticamente sin un desarrollo normativo interno. El juez nacional no puede desconocer, claro está, estas normas que, en virtud del art. 96.1 CE, forman parte del derecho interno, y que condicionan sin duda las soluciones que pueda adoptar.

²² Se trata, en particular, del Reglamento de Radiocomunicaciones aprobado en la Conferencia Administrativa Mundial de Radiocomunicaciones para los servicios móviles (Ginebra 1987), entrado en vigor el 3 de octubre de 1989, y el Reglamento de Telecomunicaciones Internacionales, aprobado por la Conferencia Administrativa Mundial de Telegrafía y Telefonía (Melbourne 1988), en vigor desde el 1 de julio de 1990.

²³ Para una valoración de la actividad llevada a cabo por la UIT ver, entre otros, J.L. RENAUD, "The Role of the International Telecommunications Union: Conflict, resolution and the industrialized countries", en K. DYSON; P. HUMPHREYS (Eds.), *The Political Economy of Communications*, New York/London, 1990, pp. 33-57. Además de la actividad llevada a cabo por la UIT, merece destacarse las actuaciones emprendidas por diversas organizaciones de carácter privado que trabajan asimismo en el ámbito de la armonización de los aspectos técnicos de las telecomunicaciones. Entre las mismas ocupa un lugar preminente la Organización Internacional de Armonización (International Organizations for Standardization, ISO), y en el ámbito europeo CEN/CENELEC. Un examen rigurosos de todas estas cuestiones, en, J.M. SMITS, *Legal Aspects of Implementing International Telecommunication Links. Institutions, Regulations and Instruments*, Dordrecht, 1991, donde podrá hallarse bibliografía al respecto.

La Sentencia 12/1982, de 31 de marzo, del Tribunal Constitucional pone de manifiesto cuanto aquí se expone. En esta Sentencia, el TC da respuesta a un recurso de amparo promovido por Antena 3, S.A, que solicitaba se le reconociera el derecho a establecer, gestionar y explotar la producción y transmisión de imágenes y sonidos por medio de televisión para todo el ámbito nacional. La sociedad fundamenta su queja en el apartado 1 del artículo 20 de la Constitución, que estima infringido por la denegación de una autorización para establecer una emisora de televisión que había solicitado. El FJ 3 de la Sentencia se detiene en el examen del art. 20.1 CE, el cual reconoce y protege los derechos de expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de reproducción. De este modo, el Tribunal considera que “no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible”, esto es, el derecho de crear soportes o instrumentos de comunicación.

Ahora bien –continúa el Tribunal– tanto considerado en general como considerado como derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, el derecho de crear soportes de comunicación presenta indudables límites, siendo uno de ellos la necesidad de no impedir el uso a terceros de los bienes de los que ha de servirse el medio de reproducción. Este supuesto se da en el asunto objeto de consideración, pues

“la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio, entraña la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público, con una calificación por nadie contradicha. Al mismo tiempo, la actividad de emisión de ondas para radiotelevisión se encuentra sometida a una normativa de Derecho Internacional, dado que los intereses nacionales pueden entrar en conflicto con los intereses de otros países. Existe, por ello, una reglamentación internacional de las radiocomunicaciones y dentro de ella una serie de acuerdos que regulan la utilización de las frecuencias, de suerte que es necesario que los organismos internacionales atribuyan a cada país las frecuencias y que los Estados se obliguen en atención al interés público internacional a respetarlas y a no permitir su utilización sin previa licencia”²⁴.

En consecuencia, la reglamentación del espacio radioeléctrico queda determinada por el Derecho internacional, cuya normativa resulta indisponible

²⁴ También, STC 74/1982, de 7 de diciembre, FJ 2. Ver, también, STEDH *Autronic AG c. Suiza*, de 22 de mayo de 1990, en la que se plantea asimismo esta cuestión.

para España, se impone como un elemento de hecho al derecho interno y condiciona la acción del Juez nacional cuando ha de valorar las situaciones jurídicas de los particulares.

III. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y REGLAS DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

La ordenación del mercado es lógicamente uno de los ámbitos donde la influencia de la reglamentación internacional sobre el legislador nacional es, hoy en día, más intensa. En rigor, las normas relativas a la libertad de comercio son consustanciales al Derecho internacional público. Ciertamente, estas normas ya están presentes en las etapas de formación del derecho internacional, y aun antes, pues, como indica A. Miaja de la Muela, estas instituciones hunden sus raíces en la Edad media. Su origen y posterior desarrollo viene ligado al auge del tráfico comercial en los siglos XI al XV durante los cuales “el comercio ensancha su ámbito con las rutas de Oriente abiertas por las Cruzadas, y dentro de los Estados cristianos se facilita por la multiplicación de ferias y mercados”²⁵. Con posterioridad, en las etapas fundacionales del Derecho internacional los principios de libertad de navegación y de comercio continúan ocupando un lugar importante en los esfuerzos de teorización de F. de Vitoria –“es contra la naturaleza estorbar el comercio y la comunicación entre hombres que no causan ningún daño”²⁶–, y de H. de Grocio, en el cuerpo de cuya obra *De mare liberum* se afirma un principio inmutable de Derecho de Gentes: los hombres de cualquier país son libres de desplazarse a otro y de comerciar con los habitantes de este último²⁷.

²⁵ A. MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Madrid: Atlas, 4ª ed., 1968, pág. 312. “En relación con este desenvolvimiento del comercio internacional –añade A. Miaja– casi todos los historiadores del Derecho de Gentes mencionan las recopilaciones de costumbres mercantiles que aparecen en los siglos finales de la Edad Media (Roles de Olerón, Tablas de Amalfi, Leyes de Wisbuy). Cada uno de estos ordenamientos consuetudinarios tuvo vigencia en una zona marítima, que no coincide con las costas de un determinado Estado; sin embargo, su contenido no son normas internacionales, sino reglas referentes al tráfico comercial privado. Excepcionalmente, se encuentra en ellas alguna norma de Derecho de Gentes: así en el Consulado del Mar, la que exceptúa de captura, tanto a la propiedad neutral en barco enemigo como el buque neutral que conduce carga propiedad de enemigos” (pág. 313).

²⁶ F. de VITORIA, *Relectio de Indis recenter inventis*, capítulo tercero, título primero, primera conclusión, octavo. Madrid: CSIC, 1967, pág. 79.

²⁷ A. MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al... Op.cit.*, pág. 411.

Pues bien, el peso de la reglamentación internacional y comunitaria –no solo de sus principios básicos, sino también de sus desarrollos recientes– es determinante en la ordenación de los mercados nacionales. La práctica judicial española presenta dos casos recientes en los que se muestra este peso y las dificultades que la consideración de las normas de Derecho internacional económico plantea al juez nacional.

1. Defensa del mercado y principios de actuación de las autoridades nacionales

El primero de los asuntos a comentar surge a partir de la presentación el 5 de septiembre de 2005 por Gas Natural de una Oferta Pública de Acciones (OPA) sobre el 100% de la compañía eléctrica Endesa. El día 3 de febrero de 2006 el Consejo de Ministros adoptó un Acuerdo por el que se decide subordinar la operación señalada a determinadas condiciones.

Así lo hizo conforme a lo dispuesto en el art. 17.b) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Endesa, Asociación de Accionistas Minoritarios de Empresas Energéticas y Euroconsumo interpusieron recurso contencioso-administrativo (núm. 47/2006) contra el citado Acuerdo. Mediante otrosí solicitaron la adopción de la suspensión de la eficacia del Acuerdo impugnado. La Administración General del Estado, Céntrica Energía, Gas Natural e Iberdrola actuaron como codemandados²⁸.

El día 28 de abril de 2006 el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó Auto acordando acceder a la suspensión solicitada, siempre que se prestara una importante caución. El Auto contó con cuatro Votos Particulares a dos de los cuales se adhirieron diversos Magistrados, de forma que 14 de los 32 Magistrados que componen la Sala mostraron su desacuerdo con el fallo emitido.

Contra dicho Auto se interpuso recurso de súplica por el Abogado del Estado, Iberdrola y Gas Natural. La Sala desestimó tal recurso mediante Auto de 26 de junio de 2006. Se adoptó con un Voto Particular suscrito por 13

²⁸ Ha de señalarse que Iberdrola había celebrado con Gas Natural un contrato de compraventa de determinados activos de generación y distribución eléctrica y de distribución de gas. Este contrato, concluido el 5 de septiembre de 2006, estaba condicionado al éxito de la oferta pública de adquisición de acciones y a la obtención de las autorizaciones administrativas pertinentes. El contrato forma parte del plan de compromisos ofrecidos por Gas Natural a las autoridades regulatorias y de defensa de la competencia en el marco de la operación de concentración Gas Natural / Endesa.

Magistrados. Los FFJJ 1 a 3) del Auto de 17 de abril de 2006, que fue reafirmado por el posterior Auto de 26 de junio, señalan los criterios jurídicos que fundamentan su decisión.

Se parte de la consideración de que el acto que dictamina la adopción de medidas cautelares (el Acuerdo del Consejo de Ministros) puede hacer perder la finalidad del recurso. De esta forma se procederá al examen de si, en el presente caso, se crearía una situación jurídica irreversible que haría ineficaz la futura sentencia (*periculum in mora*).

En segundo lugar, se procederá asimismo a ponderar los intereses en conflicto, particularmente la concurrencia de un interés público muy relevante que justificara la adopción de una medida cautelar urgente. Al actuar de esta forma se da cumplimiento al art. 130 LRJC. Pero el examen enunciado se realizará para este caso en concreto, pues los criterios establecidos por la jurisprudencia representan un punto de partida pero no han de adoptarse de un modo automático. Ello es así porque cada operación de concentración de empresas presenta importantes singularidades. La valoración de la apariencia de buen derecho pasa a ser un factor coadyuvante a la adopción de las medidas cautelares.

Entrando ya en el examen del asunto, el Auto señala la concurrencia de intereses privados (mercantiles, de los accionistas) y de interés público (defensa de la competencia). Señala que, de acuerdo con su jurisprudencia, es necesario evaluar "el peligro de una alteración sustancial tanto en uno como en otro aspecto, hasta el extremo de que la finalidad legítima del recurso sea imposible lograrla" (FJ 4).

El FJ 5 del Auto describe los mercados energéticos del gas y de la electricidad, indicando que tanto uno como otro se encuentran en "una fase de transición de un régimen de monopolio a un sistema liberalizado", altamente regularizados, lo que les hace "especialmente sensibles a las prácticas colusorias y a los abusos de posición dominante, en los que adquieren especial relevancia operaciones de concentración o control de unas empresas por otras, en cuanto de ellas pueden derivar graves perjuicios a la competencia". Este mismo FJ 5 analiza la incidencia sobre los mercados de gas y electricidad de la operación, indicando que de la misma se derivarán efectos perjudiciales. Para sostener esta afirmación remite a los informes técnicos elaborados por la Comisión Nacional de la Energía y el Tribunal de Defensa de la Competencia, que reproduce in extenso. "A la vista de los anteriores informes -concluye en su FJ 6- (...) la

consecuencia que hay que extraer con un alto grado de previsibilidad es el grave perjuicio que la operación de control supone para el mantenimiento de la competencia en la práctica totalidad de los mercados concernidos, en los diferentes sectores que lo integran, perjuicios que comenzarán a producirse en la mayoría de ellos desde el momento mismo de la liquidación de la OPA". Ni siquiera mediante la imposición de determinadas condiciones se evitarían estos efectos perjudiciales, que, al ser "substanciales e irreversibles caso de una sentencia estimatoria" determinan que se proceda a la suspensión. Los daños que podrían derivarse de la operación de control son de dos tipos: a) substanciales porque se produce un incremento no sólo de la posición de dominio de la empresa resultante de la operación sino también de las barreras de entrada en ambos sectores; b) irreversibles porque la OPA provoca la huida de los competidores y porque hasta dictarse la sentencia transcurriría un largo lapso de tiempo (por breve que fuera este período, siempre sería importante en un mercado en proceso de liberalización). También quedaría afectada la empresa recurrente.

Como puede advertirse, el Auto admite que se produce el *periculum in mora*. Para alcanzar esta conclusión se basa en los informes de la Comisión Nacional de la Energía y fundamentalmente del Tribunal de Defensa de la Competencia –que son informes técnicos, no vinculantes para el Gobierno– y sin considerar que una futura sentencia podría establecer medidas para proceder a la desconcentración empresarial condicionada que se realizaría de no decretarse la suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros. En ningún caso, en efecto, se contempla esta posibilidad a la que, sin embargo, se refiere el art. 17.2 LDC y que fue contemplada por la Sala en supuestos anteriores.

En definitiva, se concluye que "la operación de control supone un grave perjuicio para el mantenimiento de la competencia en la totalidad de los mercados concernidos, en los distintos sectores que lo integran" y que tales perjuicios "comenzarán a producirse desde el momento mismo de la liquidación de la OPA".

Al margen de si podría considerarse que esta conclusión supone un pronunciamiento sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal –cuestión que surge a partir de la afirmación contenida en el Auto de 26 de junio de 2006, que da respuesta al recurso de súplica interpuesto: "en algún momento se rozó el ámbito del derecho material, aunque sea tangencialmente", a pesar de que acto seguido se indica que "ello no está prohibido en absoluto"

(FJ 2)–, este asunto plantea interesantes cuestiones sobre las dificultades ante las que se encuentra el juez cuando ha de decidir sobre una operación empresarial de gran envergadura que afecta a un sector muy sensible de la economía: valoración del examen del *periculum in mora* y de la ponderación de los intereses en conflicto, o desde otra perspectiva, el alcance de la jurisprudencia anterior sobre el particular²⁹. En relación con todos estos elementos las divergencias en las posiciones entre las partes –y aun entre los Magistrados del Tribunal Supremo– son muy importantes.

Nuestro análisis obviará estas cuestiones, pues nuestro interés en este asunto se centra en poner de manifiesto que la ordenación de los mercados está hoy en día profundamente regulada por el Derecho internacional y en España por el Derecho Comunitario Europeo, que tiene un desarrollo muy profundo en la política de defensa de la competencia. Las resoluciones judiciales del Tribunal Supremo desconocen esta normativa que en este punto establece unos principios procedimentales que deberían haber sido objeto de consideración.

En particular, el examen realizado obvia considerar: 1) que el Derecho Comunitario Europeo tanto originario como derivado (art. 10 TCE; artículo 9.8 del Reglamento 4064/89 que dispone que “El Estado miembro de que se trate solo podrá tomar las medidas estrictamente necesarias para preservar o

²⁹ Los Autos dictados por el TS en este asunto señalan que tales valoraciones deben hacerse caso por caso, tomando en consideración las particulares circunstancias que se presentan, teniendo en cuenta los factores que concurren, que pueden o no ser coincidentes con recursos precedentes, pese a que se desenvuelvan en los mismos sectores del ordenamiento jurídico. El TS considera necesario poner de manifiesto este aspecto, habida cuenta de las constantes referencias que las partes, para apoyar sus posiciones, hacen a los Autos de fechas 16 y 21 de mayo de 2003 dictados por esta Sala en relación con la concentración VIA DIGITAL/SOGEABLE, pues sin perjuicio de admitir que los criterios recogidos en los mismos pueden ser un importante punto de partida para la resolución de este incidente, ello no significa que en el caso presente deban adoptarse de manera automática las soluciones a las que allí se llegó. Diferencias entre uno y otro asunto, tales como las de un mercado de telecomunicaciones liberalizado, frente a unos mercados de gas y electricidad fuertemente regulados, la existencia de cierta elasticidad en aquél con servicios sustitutivos, y la casi absoluta inelasticidad en éstos, el establecimiento por el Consejo de Ministros en aquella ocasión sólo de condiciones de comportamiento y no estructurales como las del presente caso que son de más difícil recomposición, y especialmente venir precedido el acuerdo de un informe del TDC favorable a la operación con subordinación al cumplimiento de determinadas condiciones en el primer caso mientras que en éste el acto recurrido se aparta de dicho informe absolutamente contrario a la operación, llegando el acuerdo a imponer unas condiciones distintas y, aparentemente, menos rigurosas (...) Todas estas circunstancias “permiten a la Sala tomar una decisión que no tiene que ser necesariamente del mismo sentido que en aquella ocasión, dada la indudable influencia que esas diferencias producen en la apreciación de los presupuestos legales de la media cautelar” (FJ 2).

restablecer una competencia efectiva en el mercado en cuestión”)³⁰ considera provechosas para el desarrollo del mercado interior las concentraciones empresariales en la medida que éstas permiten la configuración de empresas de mayor tamaño, aptas para ofrecer un servicio más eficaz a los particulares y para competir con grandes empresas del sector en el mercado internacional;2) que el Derecho español, desarrollado a partir de la normativa comunitaria, responde a este mismo principio. En efecto, el Capítulo II de la Ley 16/1989 de Defensa de la competencia (modificada en sucesivas ocasiones), relativo a las concentraciones económicas expresa la opción por los proyectos u operaciones de concentración empresarial al indicar en su art. 14 que tales proyectos podrán celebrarse, siendo preceptivo que sean remitidos al Ministro de Economía y Hacienda, al Tribunal de Defensa de la Competencia para su informe en determinados supuestos en los que la operación señalada resulte de cierta importancia (siendo en los demás casos voluntaria)³¹. La opción a favor de estas operaciones queda ratificada porque el art. 15 señala que “La notificación previa no implicará suspensión en la ejecución de la operación antes de su autorización expresa o tácita, aunque en todo caso dicha operación quedará sujeta a lo dispuesto en el artículo 17”³².

³⁰ Informe de la Comisión Europea comunicado al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el progreso en la creación del mercado interior de gas y de la electricidad - COM(2005) 568 final, de 15 de noviembre de 2005).

³¹ “a) Cuando se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional, o de una parte sustancial del mismo, de un determinado producto o servicio, o b) Cuando la cifra del volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 20.000.000.000 de pesetas”.

³² La STC 208/1999, de 11 de noviembre, recoge este planteamiento general: “la LDC establece un conjunto de intervenciones de los poderes públicos para evitar aquellas prácticas y situaciones que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste (STC 88/1986, fundamento jurídico 4º). Y estas intervenciones, obvio es, inciden sobre las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles, ya que, como se dijo tempranamente en la STC 37/1981, fundamento jurídico 3º, toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el Derecho privado”. Y añade, más adelante: “La defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 CE. Como dijimos en la tan citada STC 88/1986 <<el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el

Esta opción legislativa de no rechazo de las concentraciones empresariales había de resultar determinante para valorar la postura mantenida por el Acuerdo del Consejo de Ministros. Esta opción de la normativa comunitaria y española a favor del libre juego de los actores del mercado y, por consiguiente, de una posición de no rechazo de los proyectos de concentración empresarial propuestos por parte de éstos, encuentra una expresión concreta en el hecho de que tanto en el ámbito comunitario como nacional la decisión sobre la autorización de estas operaciones se deja en manos del ejecutivo, que dispone al efecto de un margen de discrecionalidad derivado de que en él recaer la defensa de los intereses económicos generales.

En el Derecho comunitario europeo la defensa del interés general comunitario recae en manos de la Comisión Europea, de modo que, en el ámbito del derecho de la competencia corresponde a la Comisión la protección de la competencia efectiva en los mercados. La Comisión, por lo tanto, tiene competencia para decidir entre prohibir o autorizar los proyectos de concentración empresarial que afecten al mercado interior comunitario, pudiendo en caso de optar por la autorización someter tales proyectos a un conjunto de compromisos o condiciones. Las sentencias del Tribunal de Primera Instancia que han examinado estas decisiones de la Comisión se refieren al margen de discrecionalidad del que dispone el ejecutivo comunitario; margen de discrecionalidad que viene limitado en primer lugar, por una presunción a favor del libre juego del mercado que el TPI ha concretado en la doctrina de que la Comisión no puede, en caso de duda, "llegar a la conclusión de que está obligada a prohibir la operación", y, en segundo lugar, por la obligación de motivar su decisión y justificar, desde el principio de proporcionalidad, las condiciones que imponga a la operación empresarial en cuestión (STPI de 21 de septiembre de 2005 en el asunto EDP/ENI/GDP).

De todo lo dicho se deduce que el DCE y el Derecho español comparten unos mismos principios de actuación de los correspondientes órganos ejecutivos en el ámbito del derecho de la competencia y del control de concentracio-

ejercicio de ésta -art. 38, inciso segundo- por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste>>".

nes. Estos principios son: afirmación de su responsabilidad; reconocimiento de un cierto margen de responsabilidad en la toma de la decisión; sujeción al objetivo de proteger la competencia efectiva en los mercados; deber de motivación; respeto del principio de proporcionalidad entre el objetivo de defensa del interés general y el de libertad de los actores empresariales en el momento de fijar las condiciones que eventualmente se impongan a la operación. Como ha señalado el TPI en Auto de 25 de mayo de 2005 (apdo.40) los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario sobre la competencia, cuando sus autoridades de defensa de la competencia se pronuncien sobre el fondo de una propuesta de concentración que les haya sido remitida.

En idénticos parámetros se mueve el Derecho español. En sus sentencias de 7 noviembre de 2005, ya señaladas, el TS se refiere al papel decisivo que juega la intervención de las autoridades de la competencia, "cuya función es, conforme a los artículos 14 a 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, la de verificar si el proyecto puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado por sus efectos previsibles o constatados, y, en caso afirmativo, o bien declararla improcedente si se demuestra que la restricción de la competencia es de tal intensidad que impedirá que en los mercados relevantes afectados por la operación se produzca una concurrencia real entre operadores, o bien declararla procedente si se llega al convencimiento de que a pesar de los efectos restrictivos, la concentración contribuye a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios.

En el presente asunto, por lo tanto, el Consejo de Ministros actuó en cumplimiento del art. 17 de la LDC y de los artículos correspondientes del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la anterior Ley, en lo referente al control de las concentraciones económicas. Esta normativa otorga al Gobierno un margen de discrecionalidad en decisiones claramente pertenecientes al ámbito de la política económica, de tal modo que, previo examen de los efectos de la operación propuesta sobre el mercado y el marco de libre competencia, el Consejo de Ministros puede decidir: a) No oponerse a la operación de concentración. b) Subordinar su aprobación a la observación de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia. c) Declararla improcedente. Esta opción legislativa por dejar en manos del Go-

bierno la aprobación de la operación se corresponde con la responsabilidad del Consejo de Ministros de velar por la defensa del interés general.

El Gobierno rechazó la opción más expeditiva de declarar improcedente la concentración, pensando, como se infiere de la motivación de su Acuerdo, que era posible proteger la competencia en los mercados afectados, y argumentando a partir de las SSTs de 7 de noviembre de 2005 que “la prohibición únicamente ha de ser adoptada cuando sea imposible la exigencia de que las condiciones que, en su caso, se impongan sean proporcionadas a los problemas de competencia afectados”. El Gobierno rechazó también la opción de no oponerse a la operación de concentración, en el entendido que confluyen intereses públicos y privados que no puede dejar de atender. De aquí que de conformidad con el apartado b) de dicho artículo, subordinara la operación “a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia”. A primera vista, no puede desconocerse que el acto del Gobierno cumple las exigencias de proporcionalidad y se ajusta al marco de discrecionalidad que le ha sido reconocido.

No es éste el parecer de quienes interpusieron recurso contencioso administrativo ante el TS, del que solicitaron suspendiera el Acuerdo del Consejo de Ministros. El TS accedió a la solicitud que le fue formulada. Considera el TS que proceder a esta suspensión no implicaba intervenir en las potestades discrecionales del Gobierno, ya que si la sentencia fuera desestimatoria la suspensión se alzaría, desplegando entonces todos sus efectos dicho Acuerdo. En cierto modo este asunto formula una cuestión que trasciende el ámbito del presente trabajo: ¿cuándo pueden los tribunales intervenir para controlar la actividad discrecional del Gobierno? Pero, como se ha tratado de exponer, para dar respuesta a esta cuestión procedía haber tomado en consideración el Derecho comunitario de la competencia.

2. El carácter de las normas internacionales que reglamentan la ordenación de los mercados

El segundo asunto que se va a considerar se refiere a la ordenación del mercado y el carácter vinculante de las normas jurídicas aprobadas por la Organización Mundial del Comercio. La Sentencia núm. 147/2006 de la

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), de 26 de octubre de 2006, dictada en apelación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid (autos de juicio ordinario núm. 598/2003), permite advertir las cuestiones que la aplicación de las normas de Derecho internacional económico plantean al juez nacional³³.

El asunto tuvo su origen en la demanda interpuesta por *Ratiopharm España* –laboratorio farmacéutico especializado en el desarrollo, producción y comercialización de Especialidades Farmacéuticas Genéricas, líder del sector en el mercado europeo y español– contra *Warner-Lambert Company* que había solicitado la patente europea núm. EP 409.281, validada en España con el núm. ES 2.167.306 el 20 de julio de 1990.

El régimen jurídico aplicable en España a las patentes de productos farmacéuticos ha tenido la siguiente evolución. Inicialmente, según el Estatuto sobre Propiedad Intelectual recogido en el Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929, quedaba excluida la posibilidad de solicitar patentes sobre, entre otras invenciones, los productos farmacéuticos. Con posterioridad, la Ley 11/1986 sobre el Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad³⁴ mantuvo esta exclusión. La adhesión de España a la Comunidad Europea comportó también la adhesión al Convenio de 5 de octubre de 1973 sobre Concesión de Patentes Europeas. Este Convenio no es un texto comunitario sino un acuerdo internacional de armonización en el que participan todos los Estados miembros. España se adhirió al CPE el 10 de julio de 1986 (*BOE*, 30 de julio de 1986). El régimen jurídico del Convenio prevé que para que una invención pueda ser objeto de patente debe reunir tres requisitos:

- Novedad: se considera que una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica.
- Actividad inventiva: se considera que una invención implica actividad inventiva si aquélla no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia.

³³ Ver mi trabajo, “La doctrina del efecto directo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) de 26 de octubre de 2006 (Asunto *Ratiopharm España c- Warner-Lambert Company*)”, X. SEUBA HERNÁNDEZ (Coord.), *Salud pública y patentes farmacéuticas. Cuestiones de Economía, Política y Derecho*, Barcelona: JMBosch, 2008, pp.317-334.

³⁴ Ley 11/1986, de 20 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, *BOE*, 26 de marzo de 1986.

- Aplicación industrial: se considera que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser fabricado en cualquier tipo de industria, incluida la agrícola³⁵.

El CPE permite, por lo tanto, la patentabilidad de los productos farmacéuticos y químicos. Sin embargo, España formuló una reserva de exclusión a este régimen general en lo relativo a los productos farmacéuticos. Así lo hizo en el ejercicio del derecho que le asiste según el art. 167.2.a) CPE³⁶. Esta reserva estuvo vigente hasta el 7 de octubre de 1992³⁷.

Como se ha señalado *Warner-Lambert Company* formalizó la solicitud de la patentabilidad de su producto en 1990, de tal modo que tal solicitud ni siquiera fue tramitada pues así lo impedía el derecho aplicable en España, esto es, la Ley 11/1986 y, en consecuencia con ella, la reserva de exclusión que formuló al CPE.

En 1994 se concluyó el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o, en inglés, TRIPS). Este Acuerdo –que se corresponde con el Anexo 1C del Convenio por el que se crea la OMC– establece una serie de principios básicos sobre la propiedad industrial y la propiedad intelectual tendientes a armonizar estos sistemas entre los países firmantes y en relación al comercio mundial. Este Acuerdo fue

³⁵ No se consideran invenciones a los efectos del párrafo 1: Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos. Las creaciones estéticas. Los planes, principios y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económicas, así como los programas de ordenadores. Las formas de presentar informaciones. Tampoco puede concederse una patente europea para: Los métodos de diagnóstico del cuerpo humano o animal con excepción de los aparatos, sustancias o composiciones para la puesta en práctica de tales métodos. Las razas animales, las variedades vegetales, y los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de animales o vegetales con excepción de los procedimientos microbiológicos y los productos directamente obtenidos mediante tales procedimientos.

³⁶ “Conforme a lo previsto en el artículo 167.2 (a), las Patentes Europeas, en la medida en que confieran protección a productos químicos o farmacéuticos como tales, no surtirán ningún efecto en España”.

³⁷ Régimen que confirmó de nuevo la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 2424/1986, de 10 de octubre, relativo a la aplicación del Convenio sobre la Concesión de patentes europeas, señalando que “En virtud de la reserva temporal hecha en el momento del depósito del Instrumento de Adhesión de España al CPE, y de acuerdo con lo previsto en el art. 167.2 del Convenio, las patentes europeas que designen a España no producirán ningún efecto en España en la medida en que confieren protección a productos químicos y farmacéuticos y mientras dicha reserva esté en vigor”.

firmado tanto por España y los demás Estados de la Unión Europea como por la propia Comunidad y es aplicable en España desde el 1 de enero de 1996.

El artículo 27 del Acuerdo ADPIC determina el alcance de la materia patentable del siguiente modo:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.

2. Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

3. Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

a) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;

b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz «sui generis» o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC”.

Las excepciones a las materias patentables se encuentran exclusivamente en los artículos 65.4 y 70.8 y en el párrafo 3 del artículo 27. Entre las mismas no se encuentran los productos farmacéuticos.

En consecuencia, el régimen jurídico establecido por el ADPIC es similar al del CPE. Ambos convenios establecen, en efecto, la patentabilidad de las invenciones de productos o de procedimientos para usos farmacéuticos. Este régimen jurídico internacional resulta aplicable a España, primero, por la terminación de los efectos de la reserva de exclusión de la patentabilidad de los

productos farmacéuticos formulada al CPE (1992) y, segundo, por la entrada en vigor del ADPIC (1996).

El asunto *Ratiopharm c. Warner Lambert Co.* plantea la cuestión siguiente: ¿qué trato debe darse en la actualidad a las invenciones –de producto o de procedimiento– que no fueron patentadas durante la vigencia del régimen jurídico vigente en España hasta 1992? Warner-Lambert Co. defiende que desde la entrada en vigor del ADPIC tales invenciones (aun cuando no fueran registradas en su momento) se benefician de la protección otorgada por el ADPIC con la única condición de que se formalice la solicitud. Por su parte, Ratiopharm sostiene que las patentes concedidas en tales circunstancias son nulas de pleno derecho, pues el derecho aplicable al caso es el derecho vigente en momento de solicitud de la patente de procedimiento (fecha crítica).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por Ratiopharm. La Sala parte del examen del art. 70.7 ADPIC:

“7. En el caso de los derechos de propiedad intelectual cuya protección esté condicionada al registro, se permitirá que se modifiquen solicitudes de protección que estén pendientes en la fecha de aplicación del presente Acuerdo para el Miembro de que se trate para reivindicar la protección mayor que se prevea en las disposiciones del presente Acuerdo. Tales modificaciones no incluirán materia nueva”,

deduciendo que este artículo extiende “el régimen más favorable del Acuerdo a las patentes que se encuentren en vigor y a las solicitadas y pendientes de concesión” (FD2).

En apoyo de su tesis se refiere a una Resolución del OSD de la OMC (*EE.UU.-Canadá, Plazo de protección de las patentes*, 2000), en la que el panel distingue entre “actos” (como la concesión o denegación de una patente) y “derechos” creados por esos “actos” (artículos 70.1 y 70.2 ADPIC). De lo anterior se deriva, siempre en opinión de la Audiencia Provincial de Madrid, que “la materia existente y protegida (artículo 70.2) en la fecha de aplicación del Acuerdo para el Miembro se refiere a las invenciones existentes y aun protegidas por una patente el 1 de enero de 1996, que se benefician del régimen más favorable previsto en el Acuerdo”.

La Sala se apoya también en el carácter ejecutivo de las normas del Acuerdo ADPIC, siempre y cuando estas normas creen derechos subjetivos privados y sean claras y precisas. En tal caso las normas del ADPIC no precisan de desarrollo normativo interno para incidir sobre los particulares y resultan directamente exigibles ante los tribunales españoles. Este es el caso –afirma la Audiencia– de las disposiciones citadas del ADPIC.

Una de las cuestiones que plantea la Sentencia objeto de consideración es el afirmar con singular rotundidad –y de una manera errónea desde mi punto de vista– que “los artículos 27.1 y 70.7 del Acuerdo ADPIC cumplen los citados requisitos de aplicación. Para la Sala nos encontramos ante disposiciones que “reconocen derechos a favor de los particulares y que permiten su aplicación directa sin necesidad de un ulterior desarrollo legal o reglamentario”.

Sin embargo la normativa convencional no es en absoluto precisa y clara. Como se ha indicado, la Sala se apoya en el citado Informe de 2000 del OSD de la OMC (*EE.UU. c. Canadá*) y de su mano afirma que el art. 70.7 ADPIC

“rige para las solicitudes de patentes que estaban pendientes en la fecha de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y estipula que esas solicitudes podrán modificarse para reivindicar la protección mayor que se prevea en ese Acuerdo. La misma máxima interpretativa aplicable al párrafo 6 rige para el párrafo 7 del citado artículo. Si bien, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 70, el acto de presentación de una solicitud está exento en general de las obligaciones establecidas en el Acuerdo ADPIC, el párrafo 7 de dicho artículo dispone de una excepción específica para el caso de las solicitudes de protección que estén pendientes en la fecha de aplicación del Acuerdo, que podrán modificarse a fin de mejorar la protección”.

En consecuencia el alcance de las citadas normas no ofrece dudas, “en el sentido de permitir que las solicitudes de patente de procedimiento anteriores al 7 de octubre de 1992, cuando así se interese, sean resueltas concediendo la patente de producto” (FD 6).

Ha de objetarse a este razonamiento lo siguiente: 1) La norma que se considera no es en absoluto clara y precisa, requisitos necesarios para deducir su efecto directo. Estos artículos, en efecto, están plagados de conceptos jurídicos indeterminados –“materia nueva”, “protección mayor”– que precisan de una interpretación al momento de proceder a su aplicación. 2) La referencia

al Informe del OSD de 2000 confirma este parecer. En primer lugar por el propio contenido del Informe, centrado en la determinación del contenido de estos conceptos y las singularidades que se derivan de su aplicación a un asunto en concreto. En segundo lugar, porque su inserción en la Sentencia de la Audiencia muestra las dificultades de la Sala para deducir el alcance y contenido de este artículo. 3) Habría que añadir que el Informe del OSD de 2000 no se refiere al supuesto de hecho que se plantea en este asunto, por lo que no procede la transposición de sus conclusiones al presente caso, al menos de la forma –directa, automática– en que se ha hecho. El Informe dictado con motivo del asunto *EE.UU. c. Canadá* se refiere a las solicitudes de patentes que estaban pendientes en la fecha de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC. No es este el caso que examina la Audiencia, cuyo elemento característico es precisamente que Warner-Lambert nunca hizo tal solicitud, que no estaba contemplada en el derecho español. 4) El Informe de 2000, por otra parte, deduce que esas solicitudes podrán modificarse para reivindicar la protección mayor que se prevea en ese Acuerdo, pero no señala la obligatoriedad o automaticidad de esa modificación; no puede ser de otra manera, pues el art. 70.7 se refiere a la señalada modificación como una posibilidad –“En el caso de los derechos de propiedad intelectual cuya protección esté condicionada al registro, se permitirá que se modifiquen (...)”– ofrecida a los Estados miembros, que son los destinatarios de las disposiciones de este artículo, no los particulares como pretende la Sala. El párrafo primero del art. 70 señala que el Acuerdo “no genera obligaciones relativas a actos realizados antes de la fecha de aplicación del Acuerdo para el Miembro de que se trate”.

En suma, no puede afirmarse que la norma examinada es precisa y clara en cuanto al trato que ha de dispensarse a las solicitudes de patentes que no habían sido formalizadas en la fecha de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC (porque el régimen aplicable en España no contemplaba esta posibilidad) ni puede tampoco indicarse que el ADPIC establece de forma precisa y clara que esas solicitudes podrán modificarse para reivindicar la protección mayor que se prevea en ese Acuerdo. El criterio que fundamenta la Sentencia –vinculación directa de las normas del ADPIC; extensión del “régimen más favorable” del Acuerdo como criterio esencial del mismo– no es correcto³⁸.

³⁸ Ver, STS (Sala de lo Civil) 631/2012, de 26 de octubre, donde se ofrece una argumentación más elaborada, que supera en cierto modo las críticas que hemos formulado.

La consideración de estos asuntos pone de manifiesto las dificultades que la aplicación de las normas del Derecho internacional económico plantean al juez nacional. Estas normas –según se ha expuesto en otros pasajes de este trabajo– formulan los principios básicos, de cumplimiento obligado para los Estados, a través de los cuales se garantiza una cierta uniformidad en los mercados nacionales que permita la libre circulación internacional de los factores de producción. Estas normas son, tal como se ha expuesto, resultado de un largo proceso de negociación. Su formulación, que recoge el consenso alcanzado entre los Estados, resulta compleja, lo que sin duda revierte en la redacción final de la norma, que no resulta lo suficientemente clara y precisa como para deducir de las mismas una eficacia directa para los particulares. Esta circunstancia no merma la eficacia de la norma pues no es su objetivo incidir de modo directo en la esfera jurídica de los particulares.

Si complejo ha sido el proceso de aprobación de estas normas, complejo ha de resultar también su aplicación. La intensa actividad que vienen desarrollando los órganos para la solución de diferencias incorporados por los tratados y Organizaciones internacionales de carácter económico –OSD de la OMC, CIADI, tribunales arbitrales– es reflejo de esta dificultad. Cuando, como consecuencia de la globalización, los jueces nacionales conocen de estas normas con mayor frecuencia, a las dificultades propias de su labor se añaden las dificultades inherentes a la selección e interpretación de las normas del Derecho internacional económico aplicables al caso.

IV. LA ASIMILACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

1. Nuevos problemas sociales

Tal como se señalaba en la Introducción, la globalización ha traído nuevas cuestiones a las que los Estados deben hacer frente. Por una parte, los movimientos de personas, la rapidez de los transportes y de las comunicaciones, las mutaciones en los usos y costumbres de la sociedad generan cambios en las relaciones entre los individuos y el Estado que afectan a instituciones de tanta importancia como la nacionalidad, el asilo y refugio ó el derecho de familia y los derechos del menor. Por otra, la aparición de nuevas formas de delincuen-

cia económica, del crimen organizado a escala internacional ó la corrupción inciden sobre el Estado de Derecho y la seguridad ciudadana.

En la medida que estas cuestiones afectan a las sociedades nacionales su resolución recae sobre los Estados individualmente. Ahora bien la hondura de los cambios y el hecho de que afecten a cuestiones de importancia en la vida ordinaria de los individuos exigen que la respuesta sea pronta y eficaz. Ante la incapacidad de los Estados de ofrecer una respuesta de este tipo y conscientes las autoridades estatales de que en todas las cuestiones señaladas hay un elemento de internacionalidad, sus estrategias pasan por actuar conjuntamente y crear instrumentos jurídicos de carácter internacional. En este caso la apertura del derecho interno al ordenamiento jurídico internacional no busca tanto una solución al conflicto social planteado –cuya resolución, según se ha dicho, recae sobre el propio Estado– cuanto el establecimiento de instrumentos de cooperación judicial que agilicen el proceso de administración de justicia.

Estos textos de cooperación legal internacional se centran sobre todo en aspectos de carácter procesal y en la configuración de mecanismos más eficaces de cooperación y asistencia judicial. A diferencia de los textos de Derecho internacional centrados en la ordenación de la cooperación en la aplicación de los desarrollos científicos y técnicos, las disposiciones de estos instrumentos normativos no se imponen como un imponderable sobre la regulación interna, de modo que los Estados gozan ahora de un margen de discrecionalidad para aceptar tales normas e incorporarlas a su ordenamiento. Por otra parte, a diferencia de los textos internacionales del Derecho internacional económico no ordenan un determinado sector de actividad, sino ciertas instituciones para la cooperación judicial internacional. El juez nacional habrá obviamente de recurrir a tales instrumentos, los cuales en ocasiones no se corresponden con las instituciones procesales de derecho español, lo que, sin duda, es fuente de dificultades. Ello impone a las autoridades legislativas y administrativas del Estado un deber de velar por una correcta incorporación de estas normas al derecho interno.

2. Las dificultades de asimilación de los mecanismos de cooperación judicial de carácter urgente

La STEDH de 29 de abril de 2003 (*Iglesias Gil y AUI c. España*), que declara la vulneración por parte de España del art. 8 CEDH, da idea de las cuestiones

planteadas. Este asunto nos enfrenta ante un fenómeno cada vez más frecuente, el secuestro internacional de menores (*legal kidnapping*) que tiene como causas, entre otras, las siguientes: el “nacionalismo judicial”, el paso rápido por las fronteras, la lentitud y dificultades de las vías jurídicas ofrecidas por los derechos estatales, con el consiguiente paso de los años y la asimilación social del menor en el Estado donde reside³⁹.

En síntesis, los antecedentes del asunto *Iglesias Gil* son los siguientes: A. es hijo de Alejandro Ucera Álvarez y de doña María del Carmen Iglesias Gil, divorciados desde junio de 1994. Por auto judicial se estableció que el menor quedaba bajo la guarda y custodia de su madre y se le reconocía al progenitor un régimen determinado de visitas. En febrero de 1997 don Alejandro Ucera Álvarez sale de España con su hijo y no regresa hasta abril de 2000. Como consecuencia de esta situación el menor sufrió graves trastornos psíquicos según fue acreditado por dos instituciones de los Estados Unidos (donde se había trasladado el padre). Mediante Sentencia del Juzgado de Familia de Vigo de 12 de febrero de 1999 se privó al padre de la patria potestad sobre su hijo. Con motivo del regreso a España de Alejandro Ucera Álvarez, se dicta providencia (14 de julio de 2000) en la que se establece en su favor un régimen de visitas vigilado, que nunca se llevó a la práctica por cuanto doña Carmen Iglesias Gil había decidido alejarse de su exmarido, quien se vio privado así de la relación con su hijo. La Sra. Iglesias Gil interpuso sendos recursos de amparo resueltos por Providencias de inadmisión del TC de 2 y 17 de junio de 1999.

En su demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos la Sra. Iglesias Gil exponía que las autoridades españolas no habían adoptado las medidas adecuadas para asegurar la ejecución rápida de las decisiones judiciales

³⁹ A-L. CALVOCARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*. Vol. II, Granada: Comares, 6ª ed., 2007, pp. 301-303, en las que se describe el caso típico: quiebra de un matrimonio mixto (entre personas de distinta nacionalidad). Por nacionalismo judicial entienden que “la jurisprudencia suele atribuir la custodia del menor al progenitor que ostenta la nacionalidad del Estado al que pertenecen los tribunales que conocen del caso. El interés del menor es utilizado arbitrariamente por los jueces para atribuir la guarda del menor al cónyuge nacional y no al extranjero. Como explica E. Jayme, no es fácil convencer a un juez alemán de que el hijo de una alemana nacido en Alemania de madre alemana y padre maghrebí, que ha vivido siempre en Alemania, donde ha crecido, y que habla alemán, estará mejor asistido y educado por su padre maghrebí, cuyo país y familia sólo ha visitado, a veces, en vacaciones, y cuya lengua no siempre habla”. Con mayor profundidad, JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional del menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008, y *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, Iustel, 2008.

adoptadas y favorecer el regreso de su hijo con ella. Indicaba asimismo que las autoridades judiciales españolas no habían tratado con la debida diligencia la queja que ella había presentado por el rapto de su hijo y habían dejado de aplicar el derecho interno e internacional, incumpliendo con ello las obligaciones que les eran inherentes en razón del art. 8 CEDH.

El Gobierno de España entendía, por su parte, que en su conjunto los actos de las autoridades judiciales españolas habían buscado el regreso del padre a España y del niño con su madre. Señalaban asimismo que el proceso ante la jurisdicción penal aún no había acabado y que ni la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del niño (1989) ni el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980) prevén la obligación de calificar la sustracción de un menor por su padre como delito de rapto. Por último indicaron que las solicitudes de investigación formuladas por la demandante (huellas dactilares del automóvil del padre,...) fueron rechazadas por decisiones judiciales motivadas y confirmadas en apelación. En suma, es posición del Gobierno español que en su conjunto las medidas adoptadas han obligado al padre a volver a España y han conseguido devolver el niño a su madre. Y añade que hasta la fecha no se había solicitado la detención del Sr. Ucera y que la demandante ha retirado las demandas que interpuso en la vía penal y civil.

El TEDH comienza su análisis señalando que la relación entre la demandante y su hijo es parte de la vida familiar consagrada en el art. 8 CEDH. Este artículo, que tiene como objetivo esencial impedir injerencias arbitrarias de los poderes públicos, de un modo implícito impone a los poderes públicos la obligación positiva de garantizar el disfrute del derecho a la vida familiar (con cita en su Sentencia *Ignaccolo-Zedine c. Rumania*, de 25 de enero de 2000).

A continuación, el Tribunal de Estrasburgo centra la cuestión en determinar si las autoridades nacionales han adoptado todas las medidas que razonablemente se les podía exigir a los efectos de facilitar la ejecución de las decisiones judiciales que acordaron el derecho de la demandante a la guarda y custodia exclusiva de su hijo.

El TEDH señala que los órganos judiciales españoles han adoptado un cierto número de medidas conforme a la legislación en vigor, pero que este asunto se refiere al desplazamiento al extranjero de un niño por lo que resulta aplicable el Convenio de La Haya de 1980, de modo que la pregunta formulada implica

también examinar si se han hecho todos los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante a la luz del citado convenio.

Los artículos 3, 7, 12 y 13 del Convenio de La Haya –recuerda el TEDH– contienen un conjunto de medidas que buscan el regreso inmediato del menor: que el secuestro internacional de menores se tipifique como delito (art. 3), que las autoridades centrales de los dos Estados afectados cooperen entre ellas y promuevan la colaboración entre las autoridades competentes de sus Estados respectivos (arts. 6 y 7), que actúen con urgencia (art. 11)⁴⁰.

Como se ha señalado, el TEDH examina la actuación de los órganos judiciales españoles y advierte, por una parte, que el 4 de febrero de 1997, poco después del rapto del niño, el Juez de instrucción adoptó una providencia que contenía orden de búsqueda internacional del Sr. Ucera y de devolución inmediata del menor. De este modo fue posible determinar que se encontraban en los Estados Unidos. Acto seguido, sin embargo, constata que las autoridades judiciales españolas se opusieron a la petición solicitada por la demandante de que se emitiera un mandato de busca y captura y de arresto internacional del Sr. Ucera. El Tribunal considera que estas últimas resoluciones fueron motivadas y se ajustaron al derecho interno aplicable en el momento de los hechos, de modo que la vulneración del art. 8 CEDH no obedece tanto a la inacción judicial como a la inadecuación de la legislación española.

En atención a todo lo anterior, el Tribunal concluye que las autoridades españolas han omitido la adopción de los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante al regreso de su hijo y el derecho de este último al reencuentro con su madre, por lo que se ha producido una violación del art. 8 CEDH⁴¹.

Se da la circunstancia de que el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980) es “un convenio *sui generis*”, en el sentido de que “su objetivo es adoptar medidas urgentes para que el niño

⁴⁰ Estas medidas, que según lo establecido en el art. 158 CC modificado por LO 1/1996 pueden aplicarse de oficio, no fueron sin embargo adoptadas por las autoridades españolas.

⁴¹ Tales insuficiencias han sido ya debidamente subsanadas mediante la aprobación de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal, que refuerza las medidas tendentes a luchar contra la sustracción de menores y agrava las penas cuando el autor de la sustracción o del rechazo de la representación del menor es uno de los padres y la guarda del menor ha sido legalmente concedida al otro progenitor o a otra persona o institución en interés del menor. Esta circunstancia, por otra parte, fue expresamente reconocida por el TEDH en su sentencia.

retorne al lugar de su residencia habitual si el desplazamiento ya se ha producido y prevenirlo, respetando el derecho de visita, cuando aún no se ha producido". Es además un convenio *self executing*, lo que significa que no es imprescindible dictar normas internas para su aplicación. Ello no obstante, muchos Estados lo hacen, pues, "frente a su simplicidad aparente, los complejos procedimientos internos de los Estados, estrictamente reglados, no se adaptan a la flexibilidad y rapidez exigidas por el Convenio". Por lo que se refiere a España, esta transposición planteaba ciertas dificultades puesto que el procedimiento previsto en el Convenio es "un procedimiento autónomo y fuera de los cauces de lo conocido: no es *exequator*, no se trata de medidas provisionales (1428 LEC), no es una comisión rogatoria (art. 300 LEC y 278 LOPJ), no se aplica la Ley de protección de los derechos fundamentales por la vía de los incidentes (art. 742 LEC), sino a lo que más se parece es a un procedimiento interdictal"⁴².

El asunto *Iglesias Gil* pone de manifiesto diversos elementos de interés⁴³. Ni la modernización de la sociedad, que ha afectado en muchos aspectos a la concepción tradicional de la familia, ni la creciente movilidad de las personas, que puede incidir, como en este caso, en las relaciones familiares, ha comportado la, tantas veces referida, superación definitiva del "nacionalismo jurídico". Ciertamente la ordenación de las relaciones familiares queda en manos del Estado, siendo así que el ordenamiento jurídico nacional ha de responder a las cuestiones que se plantean en este ámbito. Sin duda, el derecho interno recoge las estructuras, usos e intereses de la sociedad a la que regula. Desde esta perspectiva, el juez nacional está en posición idónea para conocer e interpretar y aplicar este derecho. De todos modos la aparición de un fenó-

⁴² A. BORRAS RODRÍGUEZ, "Problemas de Derecho internacional privado suscitados por la nueva Ley del menor", en *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid: CGPJ, 1997, pp. 159-197, en particular, pp. 192-197. Por su parte, A-L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (*Derecho internacional... Op.cit.*, pág. 311) lo definen como "un convenio de carácter fáctico. El convenio no establece el régimen jurídico del fondo de la cuestión (...), no es un convenio de competencia judicial, ni de Derecho aplicable ni de reconocimiento de decisiones extranjeras. Es un convenio que establece sistemas de cooperación de autoridades y una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual".

⁴³ Un comentario a la STEDH, en M. HERZ, "Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las convenciones sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. A propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº15, 2008; I. OTAEGUI AIZPURUA, "Vulneración del art. 8 CEDH por incumplimiento de la obligación positiva de facilitar la restitución de los menores sustraídos", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IX, 2009, pp. 733-749.

meno reciente, cual es la sustracción de menores por sus progenitores, requiere una reglamentación idónea, que contemple no sólo la gravedad de los hechos sino también la salida del menor al extranjero. Para ser efectiva, esto es, para posibilitar una rápida respuesta a estas situaciones la acción judicial precisa de medios urgentes de cooperación judicial internacional que hagan posible una pronta cooperación entre el juez nacional y las autoridades judiciales de los otros Estados afectados.

La ratificación de los tratados de cooperación legal posee este objetivo. Ahora bien, esta ratificación requiere de la acción correspondiente de incorporación al derecho interno de las obligaciones internacionales asumidas, pues, de lo contrario, el juez nacional no podrá activar las medidas especiales contempladas en el tratado internacional de que se trate. Desde este punto de vista la administración eficaz de justicia resta dependiente de la acción de los Gobiernos tanto en el momento de establecer los mecanismos de cooperación judicial como en el de incorporar tales mecanismos al derecho español. De no hacerse así la actuación del juez, aunque técnicamente correcta, no habrá alcanzado el objetivo buscado, a saber, la solución justa del caso, que en el asunto *Iglesias Gil* se concreta en una solución rápida en atención a la mejor protección del interés del menor. Los problemas, por consiguiente, se concretan en las dificultades de incorporación al Derecho interno de una figura que no se adecua estrictamente a los instrumentos procesales que contempla el derecho español.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La profundización en los avances científicos y técnicos, el desarrollo de las comunicaciones, la liberalización de la economía y su mundialización han incidido grandemente en la posición de las actividades legislativas del Estado, el cual se ve obligado a compartir su capacidad de regulación con otros actores: empresas transnacionales, grupos de presión, organizaciones internacionales, comités de expertos, ... Lo anterior ha producido, entre otras cosas, una creciente importancia de las normas jurídico internacionales en los ordenamientos estatales.

Corresponde a los parlamentos y gobiernos estatales proceder a la correcta y oportuna incorporación de esta normativa internacional, lo que con frecuencia exige una actividad normativa de desarrollo. De no hacerse así el juez nacional

no podrá dar la adecuada respuesta al asunto que está conociendo. En tal caso, los tribunales superiores del Estado habrán de estar vigilantes a este respecto o pena de que la respuesta judicial no se corresponda con el valor de los que es justo, según ha previsto el ordenamiento jurídico interno tras la incorporación de dicha norma internacional.

En determinadas ocasiones en el curso de su actividad judicial el juez nacional habrá de valorar los informes técnicos o jurídicos elaborados por las administraciones independientes que, como resultado de los procesos de desregulación, se han creado. Estos informes le orientarán, por ejemplo, en el caso de asuntos sobre el comportamiento de las industrias o actores que realizan alguna actividad de riesgo. En estos asuntos, dada su naturaleza técnica, la práctica de la prueba tiene una especial importancia. Como se ha estudiado, cuando se enfrenta a este tipo de asuntos el razonamiento judicial emplea estrategias diversas para integrar la normativa técnica y afirmar la unidad y completad de su ordenamiento jurídico. En el ámbito del Derecho internacional económico ocurre otro tanto de lo mismo: el juez no puede desconocer los preceptivos informes de las autoridades encargadas de velar por la transparencia y competencia de los mercados.

En suma, el proceso jurídico se hace más complejo. Así es, en efecto, en la fase de elaboración y desarrollo de la norma, pero también en la fase de su aplicación judicial. La normativa internacional, creada en el seno de un ordenamiento jurídico menos institucionalizado que el Derecho interno, es por este motivo de más difícil selección e interpretación, máxime si tenemos en cuenta que el Derecho internacional, al igual que el Derecho interno, posee ámbitos materiales distintos, cada uno de los cuales presente sus peculiaridades en función de los objetivos a alcanzar. Como se ha estudiado, las normas que reglamentan el uso de determinados espacios o bienes (espectro radioeléctrico) tienen un carácter técnico, siendo su objetivo regular dicho espacio y armonizar los bienes, equipamientos, códigos de actuación, personal, etcétera. De no existir tal armonización el espacio o servicio en cuestión no podría utilizarse o prestarse, a escala internacional al menos. En cambio, las normas que reglamentan las relaciones comerciales internacionales son normas que establecen unos principios fundamentales sobre el comportamiento de las autoridades estatales ó sobre el acceso de los factores de producción al mercado.

LA EFICACIA CIVIL DEL DERECHO DE LAS CONFESIONES CON ACUERDO EN ESPAÑA

David García-Pardo

Profesor titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Castilla-La Mancha

I. LUGARES DE CULTO

El artículo 2.2 de la Ley Orgánica de libertad religiosa, que se refiere al contenido del derecho de libertad religiosa en su vertiente colectiva, reconoce, entre otros, “el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto”. Por lo tanto, de acuerdo con la Ley Orgánica, la competencia para erigir lugares de culto corresponde de modo inequívoco a los propios grupos religiosos¹ y, con ello, el ordenamiento estatal otorga relevancia a los ordenamientos confesionales².

Sin embargo, los textos pactados con las distintas confesiones religiosas han actuado de modo distinto con relación a esta cuestión. Así, mientras que los acuerdos de 1979 con la Iglesia católica, más concretamente el Acuerdo sobre asuntos jurídicos, no se pronuncian respecto al concepto de lugar de culto, los acuerdos de 1992 con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas

¹ Como sugiere Rodríguez Blanco, ello resulta coherente con el nuevo sistema constitucional español que establece los principios de libertad religiosa y no confesionalidad del Estado. Vid. *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, pp. 26-27.

² Y, como acertadamente señala Rodríguez Blanco, lo hace por la vía del presupuesto, y no a través de la remisión formal por cuanto “ni los poderes públicos otorgan relevancia a la normativa confesional sobre los requisitos de constitución o la erección de estos lugares, ni el Estado es competente para determinar lo que es un lugar de culto. Los poderes públicos se limitan a dictar una serie de disposiciones, cuyo objeto es conferir un estatuto civil a los edificios y locales destinados al culto, tomando el concepto confesional de lugar de culto como presupuesto de hecho de tales normas”. *Ibidem*, p. 33.

de España [FEREDE], la Federación de Comunidades Israelitas [FCI]³ y la Comisión Islámica de España [CIE]⁴ establecen en sus respectivos artículos 2.1 sendos requisitos para poder considerar tales los lugares de culto de las confesiones y grupos religiosos que las integran. El primer requisito se refiere a que deberán tener un destino permanente y exclusivo a las funciones de culto o asistencia religiosa⁵, mientras que el segundo alude a la necesidad de que cuenten con la certificación de la Iglesia respectiva con la conformidad de la federación a la que pertenece⁶. Por lo tanto, en el caso de las confesiones que se integran en las federaciones con acuerdo, tiene lugar la intervención de la Administración en la definición del concepto de lugar de culto⁷.

Con todo, más allá de la necesidad de cumplir con las condiciones establecidas en un texto pactado con la Administración, lo que parece más grave desde el punto de vista de la autonomía de las confesiones religiosas, sancionado en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica de libertad religiosa, es que la certificación de un establecimiento como lugar de culto deba contar necesariamente con la conformidad de la federación en que se integra la confesión o comunidad en cuestión. Ciertamente, la integración de las distintas iglesias en las respectivas federaciones conlleva una limitación de su autonomía en numerosas facetas de su relación con la Administración. Ello, de alguna manera, formaba parte de la contraprestación que debían tributar al Estado por poder acceder al estatuto de confesión con acuerdo, que le permitía disfrutar de un estatuto jurídico privilegiado con relación al resto de las entidades inscritas en el Registro de Entidades Religiosas⁸.

³ En 2004 esta federación cambió su nombre por el de Federación de Comunidades Judías de España [FCJE].

⁴ Tales acuerdos se firmaron el 8 de abril de 1992 pero no fueron aprobados por ley hasta el 10 de noviembre del mismo año.

⁵ Vid. artículo 2.1 del Acuerdo con la federación evangélica. En el acuerdo con los judíos se alude expresamente a "las funciones de culto, formación o asistencia religiosa" y en el pacto con la comisión islámica a "la práctica habitual de la oración, formación o asistencia religiosa islámica".

⁶ En el caso de la FEREDE, la conformidad debe otorgarla la Comisión Permanente, tratándose de la Federación judía la Secretaría General y en el caso de los islámicos, la propia comisión.

⁷ O en palabras de Rodríguez Blanco, "los acuerdos de 1992 con la FEREDE, la FCJE y la CIE han introducido, a todos los efectos legales, una definición de lugar de culto y, por consiguiente, para precisar si un inmueble ostenta tal condición no se debe acudir al Derecho propio de estas confesiones, sino a los textos pacticios". *Libertad religiosa y confesiones*, cit., p. 35.

⁸ Se trata de un ejemplo más de cómo la situación de palmaria debilidad en la negociación de tales acuerdos con la Administración, hizo que los representantes de las federaciones firmantes admitieran cada una de las exigencias de su contraparte en la negociación. Como gráficamente

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que las condiciones establecidas en los artículos 2.1 de los respectivos acuerdos con las representaciones de las minorías religiosas en ningún caso han sido objeto de discusión por parte de éstas y, consecuentemente, los tribunales no han tenido que pronunciarse sobre este tema. Tales condiciones, por lo demás, han sido, al menos en apariencia, concordadas entre la representación del Estado y la de las propias federaciones acatólicas.

Por otra parte, el hecho de que los acuerdos de 1992 –a diferencia del Concordato– incluyan un concepto de lugar de culto, puede tener que ver con que los negociadores estatales hayan entendido que, por su notoriedad manifiesta, no es necesario establecer tal definición en el caso de los lugares de culto católicos⁹. Por otra parte, puede estar relacionado con la entendible confianza que la Iglesia y su sistema normativo suscita en el Estado, que se sustenta en el añejo sistema de relaciones entre ambas instituciones basado en la confesionalidad, pero también en el hecho de que dicho sistema normativo se encuentra en instrumentos sólidos e identificables para la Administración como el Código de Derecho canónico.

Precisamente en relación con los lugares de culto católicos, debe subrayarse que la consideración de lugar destinado al culto de las capillas resulta “patente” para el Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia se apoya en el canon 1226 del vigente Código de Derecho Canónico, que alude a aquéllas como un “lugar destinado al culto divino, con licencia del Ordinario del lugar, en beneficio de una o varias personas físicas”¹⁰. Con ello, el Tribunal Supremo confirma la vigencia de la aplicación de la técnica del presupuesto en lo que se refiere a la definición de los lugares de culto de la Iglesia católica.

apunta Ferrari, “en el caso de las negociaciones que preceden a los acuerdos, la desproporción de fuerzas entre ambas partes es tal... que los representantes del Estado pueden sacar partido de la regla de las lentejas ‘si quieres las tomas y si no las dejas’, sin ni siquiera encontrar demasiada resistencia por parte de los representantes de las confesiones religiosas, sabedores de que el verdadero valor de los acuerdos es el simbólico y el económico”. *Prólogo* a D. García-Pardo, *El sistema de acuerdos con las confesiones religiosas en España e Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 14.

⁹ Ello, en sí, no debería considerarse un motivo válido pues, igual que ocurre con el resto de confesiones en España, la Iglesia católica cuenta entre sus lugares de culto con establecimientos, como apartamentos o pisos, que no tienen apariencia de tales.

¹⁰ Vid. Sentencia de 24 de junio de 1988 (RJ: 4724).

Por otra parte, debe también tenerse en cuenta que los acuerdos con judíos y musulmanes –no así el Acuerdo con los protestantes– prevén que “los lugares de culto podrán ser objeto de anotación en el Registro de Entidades Religiosas” (Artículos 2.5 y 2.4, respectivamente de ambos textos). Se trata de una garantía adicional de seguridad jurídica que, por eso mismo, debe entenderse extendida a las iglesias de la FEREDE, como de hecho es el caso, incluso con anterioridad a la aprobación de los acuerdos con las federaciones confesionales. De hecho, el propio Tribunal Supremo ha aclarado en su sentencia de 18 de junio de 1992 (RJ:6004) que “la precisión de si un locales o no lugar de culto corresponde a la propia Entidad religiosa, que es titular del derecho a establecerlos con fines religiosos... y por consiguiente, del de manifestar cuáles son los que ostentan dicho carácter... y por la objetiva inscripción del local como lugar de culto en el Ministerio de Justicia” (Fundamento de Derecho tercero)¹¹.

Por otra parte, debe mencionarse que una comunidad autónoma española, en concreto Cataluña, aprobó el pasado 2009 una Ley de centros de culto (Ley 16/2009, de 22 de julio), que se trata de la primera –y, por el momento, única– ley autonómica dedicada monográficamente a regular una cuestión específica de Derecho eclesiástico¹². La Ley, aprobada con amplia mayoría por el Parlamento catalán¹³, y que tuvo una acogida dispar entre los distintos sectores de la sociedad catalana¹⁴, se proponía remediar el vacío legal existente en la materia que, según se afirma en su preámbulo, “ha[bía] provocado disparidad de criterios entre los ayuntamientos a la hora de conceder licencias”.

¹¹ En idénticos términos y citando la sentencia de referencia, vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de octubre de 1996 (RJ: 995), Fundamento de Derecho tercero. También en el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de febrero de 1997 (RJ: 147), Fundamento de Derecho segundo.

¹² No puede ignorarse que, como pone de relieve Bajeti Royo, Cataluña ha sido “pionera en el campo de la descentralización del Estado”. *Presentación*, en R. García García (dir.), *La libertad religiosa en las Comunidades Autónomas. Veinticinco años de su regulación jurídica*, Generalitat de Catalunya. Departament d’Interior, Relations Institucionals i Participació. Institut d’Estudis Autonòmics, Barcelona, 2008, p. 15.

¹³ De hecho solo obtuvo los votos en contra de los trece representantes del Partido Popular, por los 119 votos a favor.

¹⁴ Una muestra de ello puede verse en el artículo de Santos *Polémica Ley de centros de culto en Cataluña*, disponible en Internet en <http://blogs.periodistadigital.com/carlosocorral.php/2009/10/14/polemica-ley-de-centros-de-culto-en-cata> [Acceso de 9 de octubre de 2012].

Aunque no puede afirmarse que la ley esté dirigida específicamente a desarrollar los acuerdos con las minorías confesionales de 1992¹⁵ –de hecho la misma resulta de aplicación a todas las confesiones religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas y, también, a la Iglesia católica–, lo cierto es que sigue de cerca lo previsto en los respectivos artículos 2.1 de los mencionados acuerdos, al disponer que “se entiende por centro de culto el edificio o local de concurrencia pública, de titularidad pública o privada, reconocido, declarado o certificado por la respectiva iglesia, confesión o comunidad religiosa reconocida legalmente de acuerdo con la Ley orgánica de libertad religiosa, y destinado principalmente y de forma permanente al ejercicio colectivo de actividades de culto” (Artículo 3).

Con posterioridad a la ley, se ha aprobado el Decreto 94/2010, de 20 de julio, de desarrollo de la Ley 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto.

II. MINISTROS DE CULTO

Al igual que ocurre con los lugares de culto, la Ley Orgánica de libertad religiosa reconoce en el artículo 2.2 el derecho de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a designar a sus ministros de culto, otorgando así relevancia a los ordenamientos confesionales. Pero una vez más, y a diferencia también de lo que ocurre con la Iglesia católica, los acuerdos con las minorías confesionales establecen una serie de requisitos a los efectos de poder considerar tales los ministros de culto de las iglesias y comunidades que las integran.

Así, el Acuerdo con la FEREDE establece en su artículo 3.1 que “a todos los efectos legales, son ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE las personas físicas que estén dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y acrediten el cumplimiento de estos requisitos, mediante certificación expedida por la Iglesia respectiva, con la conformidad de la Comisión Permanente de la FEREDE”. En el mismo sentido se

¹⁵ En la disposición adicional primera de la ley se aclara que “lo establecido por la presente ley se entiende sin perjuicio de los acuerdos suscritos con la Santa Sede y de las normas con rango de ley que aprueban los acuerdos de cooperación firmados con las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas”.

pronuncia el artículo 3.1 del Acuerdo con los judíos¹⁶, con la salvedad de que añade la exigencia de estar en posesión del título de rabino.

En el caso de los musulmanes, a diferencia de los otros dos acuerdos con las minorías confesionales¹⁷, en el Acuerdo con la CIE no se habla de ministros de culto sino de “imames”, puesto que los musulmanes se negaron a la utilización del referido término. Así, en el artículo 3.1 del Acuerdo se establece que “a los efectos legales, son dirigentes islámicos e Imames de las Comunidades Islámicas las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a la dirección de las Comunidades a que se refiere el artículo 1 del presente Acuerdo, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con la conformidad de la Comisión Islámica de España”.

En cuanto a los requisitos para ser considerados ministros de culto, o dirigentes islámicos e imanes de las comunidades islámicas en el caso de los musulmanes, los respectivos acuerdos se refieren a dos: dedicarse con carácter estable a las funciones propias de tales y acreditarlo mediante certificación expedida por la iglesia o comunidad a que pertenezcan con la conformidad de la federación en que se integran. Por lo tanto, y como parece lógico, es en esta última en quien recae la responsabilidad de designar a los ministros de culto. Por lo demás, y aunque nada se precise en ese sentido, cabe entender también que tanto la comunidad de pertenencia del ministro de culto, dirigente o imán, como la propia federación, tienen la capacidad de revocar dichas certificaciones, lo que conllevaría su cese en la condición de tales¹⁸.

¹⁶ “A todos los efectos legales son ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España las personas físicas que, hallándose en posesión de la titulación de Rabino, desempeñen sus funciones religiosas con carácter estable y permanente y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con el visado de la Secretaría General de la FCI. Esta certificación de la FCI podrá ser incorporada al Registro de Entidades Religiosas”.

¹⁷ Vid. artículo 3.1 de ambos.

Del contenido de dichos preceptos y, en general, del estatuto jurídico de los ministros de culto en los acuerdos con las minorías religiosas en España, me he ocupado en *El contenido de los acuerdos previstos en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado”, XVI, 2000, pp. 268-275.

¹⁸ En este sentido, como sugiere Ramírez Navalón, sería deseable idear “un mecanismo por el que el cese de la condición de ministro de culto fuera fácilmente constatable por la correspondiente autoridad civil”. *Los ministros de culto*, en AA. VV., *Acuerdos del Estado Español con los judíos, mu-*

Por otra parte, de la lectura del artículo 3.1 del Acuerdo con los musulmanes en comparación con sus correlativos de los acuerdos con evangélicos e israelitas, se pueden extraer una serie de conclusiones nada desdeñables, sobre todo si se tiene en cuenta que siendo prácticamente idénticos los textos de los tres pactos –lo que deja patente su carácter acordado– cualquier diferencia, por mínima que sea, debe ser tomada en consideración y analizada con suma cautela; por lo demás, en este supuesto concreto las diferencias son evidentes.

En primer lugar, hay que notar que en el mismo se alude no sólo a los imanes, sino también a los dirigentes islámicos, a los que también se aplica el régimen jurídico que el Acuerdo prevé para aquéllos y que coincide con el recogido en los otros dos acuerdos para los ministros evangélicos e israelitas. El concepto de dirigentes islámicos comprende los cargos representativos –por ejemplo, los presidentes, vicepresidentes, secretarios o tesoreros– tanto de la CIE, como de las dos federaciones que la integran¹⁹, como de las comunidades integradas en cada una de esas dos federaciones, puesto que, como pone de relieve Mantecón Sancho, “el adjetivo de «religiosos» lo pediría el carácter religioso de la comunidad, aunque se trate de personas laicas, en el sentido vulgar y común del término”²⁰.

Por otra parte, lo que sin duda también obedece al hecho de haber incluido en el precepto a los dirigentes islámicos, en el referido precepto del Acuerdo con la C.I.E., se sustituye la referencia a las “funciones religiosas”, del Acuerdo con los judíos, o a las “funciones de culto o asistencia religiosa”, del Acuerdo con los evangélicos, por una más genérica a la “dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica”²¹. De hecho, cabe decir que, con frecuencia, los

sulmanes y protestantes, Universidad Pontificia de Salamanca-Caja de Salamanca y Soria, Salamanca, 1994, p. 141.

¹⁹ Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas y Unión de Comunidades Islámicas de España.

²⁰ *El Islam en España*, en “Conciencia y libertad”, 13, 2001, p. 69.

Esta interpretación contradice la que el propio autor había realizado años atrás de este precepto cuando señalaba que “la dicción del artículo tres puede ser una concesión –si bien puramente formal– al concepto más tradicional de la Comunidad musulmana. Sin embargo, para evitar que la dirección de la Comunidad pueda ser interpretada de manera abusiva, es decir, en clave no religiosa, sino política, el texto remacha el carácter exclusivamente religioso que han de tener estos dirigentes”. *Los acuerdos del Estado con las confesiones acatólicas. Textos, comentarios y bibliografía*, Universidad de Jaén, Jaén, 1995, p. 42.

²¹ Por lo demás, en el artículo 6 de los tres acuerdos se establecen cuáles serán consideradas a efectos legales las funciones de culto. En el Acuerdo con la CIE se prevé en este sentido que “a los

imanes desarrollan funciones que van más allá de las establecidas en el precepto, llevando a cabo labores culturales, educativas y de otra índole.

Cabe precisar que el hecho de que los tres acuerdos incluyan un concepto de ministro de culto “a los efectos legales” –se entiende civiles– responde, fundamentalmente, a exigencias de seguridad jurídica por cuanto se les reconocen una serie de derechos y prerrogativas. Por otra parte, tampoco hay que perder de vista que estos sujetos desempeñan un papel imprescindible en la celebración de los matrimonios religiosos que pueden tener efectos civiles, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de los tres acuerdos²². Ciertamente, con ello no se garantiza que no existan personas en España que, sin cumplir con los referidos requisitos, desarrollen funciones propias de los ministros de culto²³. Tampoco puede pretenderse lo contrario, dado que ello supondría una injerencia del Estado en las cuestiones internas de una confesión religiosa, lo que chocaría frontalmente con el principio de laicidad y con el derecho de autonomía de las comunidades islámicas.

Eso sí, en aquellos casos en que los ministros de culto tengan un papel relevante en el desarrollo de ritos o ceremonias que tengan, o puedan llegar a tener, efectos civiles –como ocurre con los matrimonios celebrados en forma religiosa– o cuando pretendan ejercer determinados derechos o prerrogativas que les reconoce el Estado, entonces sí estará justificado que el Estado verifique su condición de tales.

efectos legales, son funciones islámicas de culto, formación y asistencia religiosa, las que lo sean de acuerdo con la ley y la tradición islámica, emanadas del Corán o de la Sunna y protegidas por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa”. Disposiciones análogas se encuentran en el artículo 6 de los acuerdos con evangélicos e israelitas –no así en los acuerdos con la Iglesia católica–, aunque no hacen referencia a la Ley Orgánica. No se me ocurre cuál pueda ser el sentido de estas disposiciones en los acuerdos.

²² En los acuerdos con la Iglesia católica no se encuentra una previsión de estas características, ni en el ordenamiento español existe una definición de ministro de culto católico, pero como pone de relieve Ibán, “la categoría es tan evidente que cuando necesita acudir a ella la utiliza sin mayores precisiones”. *Las confesiones religiosas*, en I. C. Ibán, L. Prieto Sanchís y A. Motilla de la Calle, *Derecho Eclesiástico*, Mc-Graw-Hill, 1997, p. 190.

²³ Ello ocurre con relativa frecuencia en Francia respecto a los musulmanes, donde el concepto de imán y sus funciones no están definidos con precisión. Vid. B. Basdevant-Gaudemet, *Lo statuto giuridico dell'Islam in Francia*, “Quaderni di diritto e politica ecclesiastica”, 1996/1, p. 90.

III. MATRIMONIO

El artículo 59 del Código civil dispone que “el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste”. A continuación, el artículo 60 del mismo establece que “el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles”.

Además, como garantía adicional, el artículo 61 del Código civil dispone que, aunque el matrimonio produce efectos desde su celebración, para el pleno reconocimiento de los mismos se requiere su inscripción en el Registro civil. En el caso de los matrimonios celebrados en forma religiosa, según el artículo 63, la inscripción “se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil”, añadiéndose que “se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título”. Respecto a la diferencia entre los meros civiles y el pleno reconocimiento de los mismos, el propio Código civil aclara que “el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas” (Artículo 61, *in fine*)²⁴.

Por lo tanto, en principio, el único requisito para que los matrimonios celebrados en forma religiosa puedan tener efectos civiles es que las confesiones estén inscritas en el Registro de Entidades Religiosas. Sin embargo, por el momento, esta posibilidad únicamente se ha hecho efectiva para las confesiones con acuerdo y, precisamente, porque los acuerdos de 1992 así lo prevén, puesto que el Estado no lo ha autorizado unilateralmente a ninguna otra confesión. En contra de la opinión de algún autor²⁵, no creo que el reconocimiento unilateral por parte del Estado de efectos civiles a determinados matrimonios religiosos

²⁴ En palabras de Molina Meliá, aunque “con la celebración surge un vínculo entre las partes, con la inscripción el vínculo se hace público *erga omnes*... la buena fe de las terceras personas no sólo se tutela con la inscripción (si bien es la mejor prueba), sino siempre que tengan certeza de que el matrimonio se ha celebrado”. *La regulación del matrimonio*, en Aa. Vv., *Acuerdos del Estado español con los judíos musulmanes y protestantes*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1994, p. 185.

²⁵ Según Molina Meliá, “la autorización unilateral, aunque factible y legítima, parece menos respetuosa con las respectivas confesiones que, por otra parte, podrían no estar interesadas en que sus ritos matrimoniales sean reconocidos por el Estado”. *Ibidem*, p. 169.

conlleve merma alguna del derecho de las confesiones religiosas, puesto que, en tal caso, el Estado no haría más que ejercer su propia competencia, sin excluir la posibilidad de mantener contactos con las confesiones religiosas que pretendieran tal reconocimiento.

Nos encontramos ante un supuesto de remisión formal, puesto que se reconocen efectos civiles a una relación jurídica (el matrimonio) nacida al amparo de otro ordenamiento (el de las confesiones religiosas con acuerdo). Sin embargo, las formalidades y condiciones establecidas para la eficacia civil de los matrimonios celebrados en forma religiosa evangélica, judía e islámica difieren de las previstas para el matrimonio canónico.

La eficacia de los matrimonios evangélico, judío e islámico en el Derecho español se regula en los respectivos artículos 7 de los tres acuerdos de 1992. En relación con esta cuestión, una vez más, debe resaltarse que la regulación de los acuerdos con evangélicos y judíos difiere de la contenida en el Acuerdo con los musulmanes, especialmente en lo que se refiere a la exigencia de la certificación de capacidad matrimonial.

Los tres primeros apartados del artículo 7 del Acuerdo con la FEREDE, y en análogos términos los del Acuerdo con los judíos, establecen que: "1. Se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. 2. Las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán el expediente previo al matrimonio, ante el encargado del Registro Civil correspondiente. 3. Cumplido este trámite, el encargado del Registro Civil, expedirá, por duplicado, certificación acreditativa de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que estos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio". En el apartado 4 se añade que "para la validez civil del matrimonio, el consentimiento habrá de prestarse ante el ministro de culto oficiante de la ceremonia y, al menos, dos testigos mayores de edad, antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad matrimonial".

Así las cosas, la certificación acreditativa de capacidad matrimonial deberá necesariamente obtenerse con carácter previo a la celebración del matrimonio y está sujeta al cumplimiento de los requisitos del Código civil, según aclara la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 10 de febrero

de 1993, en la que se establece, eso sí, que la obtención de dicha certificación con carácter previo a la celebración del matrimonio resulta “especialmente aconsejable”. El Estado se asegura así de que los contrayentes cumplen con los requisitos civiles de capacidad en el momento de celebración del matrimonio. Se trata, en efecto, tal y como aclara la referida instrucción, de un formalismo que tiene por objeto facilitar la labor del encargado del Registro²⁶ puesto que, de hecho, el Código civil ya dispone con carácter general que “se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título”.

Además, para su validez civil, el matrimonio deberá celebrarse antes de que transcurran seis meses desde la expedición de la mencionada certificación.

El artículo 7 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España establece en sus dos primeros apartados: “1. Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. Los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad. Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. 2. Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la expedición de dicha certificación”.

La diferencia con lo establecido en los otros dos acuerdos resulta evidente: en el caso del matrimonio celebrado en forma islámica la certificación que acredita la capacidad matrimonial no se exige con carácter previo a la celebración del matrimonio, sino para la inscripción del mismo.

Por lo demás, el matrimonio islámico, al igual que el evangélico y el judío, produce efectos civiles desde su celebración²⁷, puesto que los tres acuerdos de

²⁶ Así se establece en la Instrucción: “Acreditada ya de antemano la capacidad de los contrayentes, habrá de limitarse a comprobar que no han transcurrido más de seis meses entre la expedición del certificado de capacidad y la celebración del matrimonio, y que se han cumplido los demás requisitos formales exigidos por los Acuerdos”.

²⁷ En contra de esta interpretación, Rodríguez Chacón sostiene que la eficacia civil del matrimonio islámico que no haya precedido de expediente de capacidad “queda... suspendida a la condición

1992, coherentemente con lo establecido en el artículo 61 del Código civil, disponen que la inscripción registral del matrimonio únicamente se requiere para la obtención del pleno reconocimiento de los efectos civiles.

Respecto al matrimonio islámico, en el momento de su celebración se requiere que los contrayentes cumplan con los requisitos de capacidad establecidos en el Código civil. Sin embargo, a diferencia de los acuerdos con evangélicos y judíos, no se prevé intervención alguna de la autoridad estatal para controlar el efectivo cumplimiento de tales requisitos. Por ello, en cierto modo, podemos afirmar que la regulación de la eficacia civil del matrimonio islámico en nuestro Derecho se asemeja a la del matrimonio canónico, si bien en el caso de éste el expediente de capacidad matrimonial no lo tramita el encargado del Registro Civil, sino el párroco, y tampoco se exige a los efectos de la inscripción.

Desde el punto de vista formal, en el artículo 7.4 de los acuerdos con la FEREDE y la FCJE se establece que “para la validez civil del matrimonio, el consentimiento habrá de prestarse ante el ministro de culto oficiante de la ceremonia y, al menos, dos testigos mayores de edad”. En análogos términos, el artículo 7.1, párrafo segundo, del Acuerdo con la CIE, en relación con el artículo 3.1 del mismo texto, exige que el consentimiento deberá prestarse ante un imán o dirigente religioso islámico y dos testigos mayores de edad. Una previsión de estas características no se encuentra en el Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, lo que se explica por el hecho de que la normativa canónica coincide sustancialmente con la civil en lo que a los requisitos formales se refiere.

Por lo tanto, para la validez civil del matrimonio de las confesiones con acuerdo se requiere no sólo el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por aquéllas, sino también el de los requisitos acordados. A saber: la manifestación del consentimiento por parte de ambos contrayentes ante el ministro de culto –o imán– y la presencia de dos testigos mayores de edad. Respecto a los ministros de culto, o equivalentes en el caso islámico, ante quienes deberá prestarse el consentimiento, y aunque sólo se disponga expresamente en el

de que los contrayentes formulen una posterior solicitud ante el Registro Civil de acreditación de capacidad matrimonial [y] mientras dicha condición no se cumpla, hay que entender que ese matrimonio no surte efectos civiles y queda confinado al puro aspecto religioso”. *El matrimonio religioso no católico en el Derecho español*, “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado”, X, 1994, p. 720.

acuerdo con la CIE, debe aclararse que habrán de considerarse tal únicamente los que cumplan con los requisitos establecidos en los respectivos artículos 3.1 de los acuerdos.

Por lo demás, respecto a los requisitos formales establecidos por la normativa confesional, debe entenderse que su vigencia está sujeta a que no contravengan los principios constitucionales. En este sentido, en el caso del matrimonio islámico, podrían plantearse problemas puesto que la normativa islámica no siempre requiere el consentimiento expreso de la mujer. Sea como fuere, los acuerdos no prevén mecanismo alguno para controlar que, efectivamente, los requisitos formales establecidos por la normativa acordada se cumplen y que los principios constitucionales no son vulnerados.

Por último, debe destacarse que, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio canónico, los acuerdos con las federaciones acatólicas no contemplan la posibilidad de que las sentencias de nulidad matrimonial dictadas por los tribunales confesionales puedan llegar a tener efectos civiles.

IV. DESCANSO SEMANAL Y FESTIVIDADES

El artículo 2.1 b) de la Ley Orgánica de libertad religiosa establece que el derecho de toda persona a conmemorar las propias festividades forma parte del derecho de libertad religiosa y de culto, reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución. Precisamente, uno de los mayores problemas que plantea el ejercicio del derecho de libertad religiosa de los fieles de las confesiones minoritarias en España se refiere al cumplimiento de sus obligaciones religiosas y la conmemoración de sus propias festividades en la medida en que no coincidan con las dispuestas por el calendario laboral español. En este sentido, el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores²⁸ dispone que “los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo o con semanal... de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo”²⁹.

²⁸ Cuyo texto refundido se aprueba por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

²⁹ Aunque resulta inevitable aludir a la tradición católica de nuestro país como fundamento de la institución del domingo como día de descanso semanal –no en vano así se recoge también en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos, cuyo artículo III establece que “el Estado reconoce como días festivos todos los domingos”–, el Tribunal Constitucional ha insistido en su carácter secular. Según sus propias palabras, “que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos

Así las cosas, los acuerdos de 1992 tratan de resolver el problema del descanso semanal y festividades de los miembros de las confesiones religiosas integradas en las federaciones firmantes en la medida en que no coincidan con las estipuladas en el calendario laboral español, reconociendo con ello efectos civiles a las normas confesionales.

Se refieren a la cuestión en el artículo 12 de los respectivos textos. En este sentido, los acuerdos con evangélicos y judíos aluden a la tarde del viernes y el día completo del sábado como régimen alternativo de descanso semanal de los miembros de la Iglesia adventista del séptimo día y los judíos, puesto que estas confesiones imponen el sábado como día de descanso semanal. Por su parte, el Acuerdo con los musulmanes se refiere a la posibilidad de ausentarse del puesto de trabajo entre las 13.30 y las 16.30 horas del viernes para que los islámicos puedan cumplir con la obligación del rezo obligatorio y colectivo y a la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol durante el Ramadán.

De igual modo, los acuerdos con los judíos y musulmanes incluyen en el apartado 2 del artículo 12 una serie de festividades judías e islámicas. En concreto, cinco fiestas judías³⁰, que abarcan un total de trece días, y seis islámicas, que se extienden durante diez días³¹.

de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición, se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues, aunque la cuestión se haya debatido y se haya destacado el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, recayente en un período que comprenda el domingo, es inequívoco en el Estatuto de los Trabajadores, y en la precedente (Ley de Relaciones Laborales)... y las más anteriores, con la excepción de la Ley de Descanso Dominical de 1940... que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el «domingo» como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición" (Sentencia 19/1981, de 13 de febrero, FJ 3) .

³⁰ Año Nuevo (Rosh Hashaná), 1º y 2º día; Día de Expiación (Yon Kippur); Fiesta de las Cabañas (Succoth), 1º, 2º, 7º y 8º día; Pascua (Pesaj), 1º, 2º, 7º y 8º día, y Pentecostés (Shavuot), 1º, y 2º día.

³¹ "Al Hiya, correspondiente al 1º de Muharram, primer día del Año Nuevo Islámico; Achura, décimo día de Muharram; Idu-Al-Maulid, corresponde al 12 de Rabiul Awwal, nacimiento del Profeta; Al Isra Wa Al Miray, corresponde al 27 de Rayab, fecha del Viaje Nocturno y la Ascensión del Profeta; Idu Al-Fitr, corresponde a los días 1º, 2º y 3º de Shawwal y celebra la culminación del Ayuno de Ramadán, e Idu Al-Adha, corresponde a los días 10º, 11º y 12º de Du Al-Hyyah y celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham".

El régimen establecido para el descanso semanal y las festividades coincide en los tres acuerdos que, a su vez, distinguen entre el ámbito laboral, el escolar y el de las pruebas convocadas para el acceso a las Administraciones Públicas.

En el ámbito laboral, el artículo 12.1 de los acuerdos con la FEREDE y con la FCJE disponen que el descanso semanal “podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general”³². Idéntico régimen prevén el artículo 12.2 de los acuerdos con israelitas y musulmanes respecto a las festividades religiosas e islámicas: posibilidad de sustituir tales festividades, siempre que exista acuerdo entre las partes, por las previstas en el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, no se reconoce al trabajador un derecho subjetivo a disfrutar de un día de reposo distinto del establecido con carácter general, ni en el supuesto de los musulmanes, un derecho a ausentarse durante las referidas horas –las cuales, evidentemente, deben ser recuperadas–, sino que se configura como una mera posibilidad sujeta al acuerdo entre las partes. Ello, en la práctica, significa que la efectividad del derecho a conmemorar las propias festividades religiosas depende exclusivamente de la voluntad del empresario –incluso en los supuestos en que el empresario sea el propio Estado³³– puesto que el trabajador se encuentra en una situación de clara inferioridad que no le permite negociar con el aquél en condiciones de igualdad. Ello quiere decir que la previsión de los tres acuerdos no añade garantía adicional alguna para los trabajadores con respecto a la situación anterior de la firma y aprobación de los mismos, dado que nada impedía la posibilidad de alcanzar un pacto con el empresario para modificar el régimen de descanso semanal como, por lo demás, tampoco existe

³² Por su parte, el artículo 12.1 del Acuerdo con la CIE dispone que “los miembros de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la *Comisión Islámica de España* que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán)”.

³³ Para Contreras Mazarío, en el caso de que el empleador fueran los poderes públicos, habría de mantenerse “un posicionamiento radicalmente distinto... y ello por presión del art. 9.2 de la C. E. que convierte a éstos no sólo en garantes, sino también en sujetos promocionales de la libertad ideológica y religiosa”. *El derecho a la objeción de conciencia en las relaciones de trabajo*, en V. Guitarte Izquierdo y J. Escrivá Ivars (eds.), *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado (Valencia 28-30 mayo 1992)*, Consejo General del Poder Judicial-Generalitat Valenciana, Valencia, 1993, p. 236.

inconveniente alguno para que, a través de dicho pacto, se resuelvan situaciones no contempladas en el Acuerdo³⁴. Como afirma Fernández Coronado, se trata de “una supertutela del derecho de la parte empresarial”³⁵.

A la vista del silencio de los acuerdos en la materia, han sido los tribunales los que han establecido las bases del derecho a conmemorar las propias festividades religiosas en el ámbito laboral. Así, el Tribunal Constitucional se ha ocupado de la cuestión en la ya referida sentencia 19/1985, en que resuelve un recurso de amparo de una adventista que había alegado la vulneración del derecho fundamental de libertad religiosa por haber sido despedida por incumplir la jornada normal de trabajo, después de haber intentado sin éxito que la empresa consintiera un cambio del régimen de descanso mínimo semanal, en razón a sus creencias religiosas. El Tribunal niega la pretensión de la recurrente sobre la base de que un cambio en sus creencias religiosas –la actora trabajaba desde el 20 de septiembre de 1971 y se convirtió en practicante de la Iglesia Adventista del Séptimo Día el 4 de septiembre de 1982, al ser bautizada según el rito de dicha confesión– no puede suponer una modificación del contrato que le vincula a la empresa por resultar contrario a la seguridad jurídica³⁶.

³⁴ Vid. J. Bonet Navarro, *La celebración de festividades religiosas islámicas en los Acuerdos de cooperación de 1992*, “Revista Española de Derecho Canónico”, 52, 138, 1995, p. 301.

³⁵ *Objeción de conciencia y descanso semanal*, en V. Guitarte Izquierdo y J. Escrivá Ivars (eds.), *La objeción de conciencia...*, cit., pp. 225-226.

³⁶ En palabras del Tribunal Constitucional, “el problema se centra... entre una alegada incompatibilidad entre la práctica religiosa y el cumplimiento de las obligaciones laborales”. Para el Tribunal, “situada así en sus precisos términos la cuestión se hace fácil su respuesta, pues, aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas”, insistiendo en que “la idea que subyace a toda la argumentación de la recurrente es la de que un cambio puramente fáctico (el de sus ideas o creencias religiosas), en cuanto que es manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, provoca la modificación de los contratos por ella suscritos, cuyo cumplimiento sólo será exigible, en la medida en que no sea incompatible con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone, llevando así (sin duda, con la mayor buena fe y movida seguramente de profunda religiosidad) el principio de la sujeción de todos a la Constitución (art. 9.1) a extremos inaceptables por contrarios a principios que, como el de la seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional (art. 9.3)” (FD primero).

En contra de esta argumentación, San Millán Novau sostiene que “aunque en los Acuerdos no existe fundamento jurídico para mantener que el empresario deberá acceder a lo solicitado, si la organización y sus exigencias permitieran adaptar la prestación laboral del trabajador a sus creencias

También el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de reiterar esta doctrina del Constitucional en su sentencia de 20 de abril de 1988, que resuelve un recurso de casación interpuesto por una empresa de alquiler de coches contra la sentencia de la Magistratura de Trabajo, que había estimado en parte la demanda promovida por uno de sus empleados contra la recurrente, con motivo de su despido, declarándolo improcedente. Se trataba también de un adventista que había decidido de modo unilateral faltar sistemáticamente al trabajo los sábados. Sin embargo, en este caso el Tribunal advierte la concurrencia de una serie de circunstancias que le llevan a emitir un pronunciamiento radicalmente distinto. En este sentido, se alude a “las peculiaridades organizativas de la empresa y del propio centro de trabajo en que presta sus servicios el demandante... y la autorización que a éste se le concedió... por el director del puesto de trabajo para cambiar su actividad laboral de los sábados por los domingos... mantenida durante más de tres meses, lo que supone una novación del primitivo contrato por acuerdo de las partes, no precisa de autorización y con fundamento en causa justa –el credo religioso del trabajador–” (FD quinto), que llevan al Supremo a sostener que “la posterior supresión de dicha autorización... en el mes de mayo siguiente... ha de calificarse como acto unilateral del empresario, modificativo de las condiciones de trabajo... [lo que] unido a las motivaciones religiosas, atenúa muy calificadamente las faltas del trabajador, excluyendo para ellas la sanción más grave del mundo laboral como es la de despido” (Ibidem).

No contradice, por lo tanto, el Supremo al Constitucional sino que, al contrario, reitera su doctrina, puesto que lo que le lleva a considerar improcedente el despido en este caso es, precisamente, la existencia de lo que se considera una novación del primitivo contrato por acuerdo de las partes, en virtud de la cual se le permitía llevar a cabo ese cambio. Es decir, se insiste en que en esta materia debe regir el acuerdo entre las partes y se reprueba la alteración unilateral de lo acordado. Además, el Tribunal tiene en cuenta el hecho de que las peculiaridades organizativas de la empresa permiten cambiar el descanso semanal.

religiosas, se debería adoptar una modificación contractual y no como una posibilidad dada al empresario, sino como una obligación inserta en el derecho del trabajador a la libertad religiosa y de culto, máxime cuando el empresario tiene la facultad de descontar las horas perdidas, o cuando el trabajador está dispuesto a recuperarlas”. *Contrato de trabajo y descanso religioso semanal*, en J. Martínez-Torrón (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Granada, 13-16 de mayo de 1997*, Comares, Granada, 1998, p. 832.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral, los acuerdos sí dispensan a los alumnos adventistas, judíos e islámicos de asistir a clase y de celebrar exámenes en los días que coinciden con el descanso semanal o las festividades de sus confesiones religiosas –en el caso de los musulmanes, también entre las 13.30 y las 16.30 del viernes–³⁷. Los términos de la cuestión difieren sustancialmente en estos casos, al no existir un conflicto de intereses entre el trabajador y el empresario, lo que explica que la solución del Acuerdo en esta materia sea radicalmente distinta. Por lo demás, respecto al descanso semanal, los problemas generados en la práctica en el supuesto de los alumnos adventistas y judíos son mínimos puesto que el sábado es un día no lectivo.

Aunque se habla de dispensa, en este caso se trata de un auténtico derecho de los alumnos a no asistir a clase o a los exámenes, que pueden ejercer por sí, o bien a través de sus padres o tutores, en el caso de que estén aún sometidos a la patria potestad o a la tutela. Este derecho de los alumnos no está sujeto a condición alguna, si bien podrá únicamente ejercerse en los centros docentes sostenidos con fondos públicos, ya sean de titularidad pública o privada.

El inconveniente que presenta esta regulación es que no se prevé la posibilidad de recuperar las horas perdidas, lo que es especialmente grave en el caso de que la ausencia del alumno haya coincidido con la realización de un examen. Aunque es de suponer que en este último supuesto se dé la oportunidad al alumno de realizar el examen en fecha u horario alternativo, tal y como sucede cuando la ausencia obedece a otros motivos –por ejemplo, una enfermedad–, los acuerdos no lo garantizan. Más difícil es que en la práctica se lleve a cabo la recuperación de las clases perdidas como consecuencia del ejercicio del derecho reconocido en el artículo 12.3 del Acuerdo, con las consiguientes e inevitables repercusiones que, en el rendimiento del alumno, puedan derivarse de tales ausencias, lo que daría lugar a una vulneración del principio de igualdad.

Por último, el artículo 12.3 del Acuerdo con la FEREDE, y en términos análogos el artículo 12.4 de los acuerdos con la FCJE y la CIE, prevé que “los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas, que hayan de celebrarse dentro del periodo de tiempo expresado en el número anterior, serán señalados en una fecha alternativa para los fieles de las Iglesias a que se refiere el número 1 de este artículo, cuan-

³⁷ Vid. artículo 12.2 del Acuerdo con la FEREDE y 12.3 de los acuerdos con la FCJE y la CIE.

do no haya causa motivada que lo impida". Al igual que en el ámbito escolar, la posibilidad de solicitar la celebración de este tipo de pruebas en una fecha alternativa se configura como un derecho no sujeto a la necesidad de acuerdo alguno con la autoridad convocante.

Sin embargo, en este caso se establece que dicha posibilidad está sujeta a la no existencia de circunstancias que lo impidan, con los problemas de interpretación que ello conlleva. La valoración de tales circunstancias corresponderá a la autoridad convocante, por lo que la virtualidad de este derecho dependerá en gran medida de la amplitud con que dicha cláusula se interprete, si bien en última instancia su razonabilidad deberá ser valorada por los tribunales.

Por lo demás, dicha labor de interpretación no estará exenta de dificultades, puesto que la realización de pruebas en jornadas u horarios distintos a los del resto de los opositores puede generar situaciones de desigualdad.

En relación con esta cuestión, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de mayo de 1999 resuelve acerca de la posible vulneración del derecho de libertad religiosa y de culto de un opositor como consecuencia del señalamiento de las pruebas en día coincidente con una festividad religiosa, habiéndosele denegado el traslado de fecha de la prueba para sí, que había solicitado. El Tribunal señala que en el supuesto planteado de lo que se trata es que la Administración no ha dispensado al actor de acudir al llamamiento único señalado para realizar el segundo ejercicio de la oposición en el día señalado, de modo que, "bien entendido, no le ha possibilitado el cumplimiento de sus deberes religiosos, que es algo sustancialmente bien distinto de una actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa" (FD tercero), concluyendo que la vulneración del derecho de libertad religiosa no se ha producido.

El Tribunal se refiere a que el artículo 12.3 del Acuerdo condiciona la fijación de la fecha alternativa al hecho de que "no haya causa motivada que lo impida". En el supuesto examinado, el Tribunal Calificador no había accedido a la petición de la recurrente de realizar el segundo ejercicio de la oposición en día distinto al sábado por tratarse de un llamamiento único y que debía ser realizado en el mismo acto por todos los opositores con el fin de garantizar el principio de igualdad establecido en la Constitución. Según el Tribunal tal motivación se "considera suficiente para justificar la exigencia del referido artículo 12.3, por lo que la pretensión de la recurrente debe ser desestimada" (FD cuarto). Se confirma, por lo tanto, la plena competencia de la autoridad

competente para estimar la concurrencia de una causa que impida la fijación de una fecha alternativa, sin que el tribunal entre a valorar la razonabilidad de tal causa.

Ciertamente, de la realización de las pruebas en día distinto del fijado –tratándose de un llamamiento único– pueden derivarse situaciones de desigualdad. Ya sea porque, al fijar una fecha alternativa, el concursante o los concursantes que realizan la prueba en día distinto tienen más –o menos– días para preparar la misma, o bien, lo que es más importante, porque los candidatos que realicen la prueba con posterioridad tienen la referencia del contenido de la anterior, lo cual puede conferirles una cierta ventaja –en el caso de que el contenido sea el mismo, porque habrán tenido la posibilidad de conocerlo– o desventaja –porque se entienda que la segunda entrañaba más dificultad que la primera, o viceversa–. Lo cierto es que el respeto del principio de igualdad siempre estará en tela de juicio.

5. CONCLUSIÓN

Nos encontramos, por lo tanto, ante cuatro supuestos de eficacia civil del Derecho de las confesiones minoritarias en España, que se plantean en términos distintos, que dan lugar a una problemática bien diversa y que, a su vez, resultan clarificadores del distinto tratamiento que el Derecho español otorga al Derecho canónico y al Derecho de las confesiones con acuerdo. Ello se traduce en el establecimiento de una serie de requisitos para considerar tales los ministros de culto y lugares de culto de estas confesiones religiosas, frente a la aplicación de la figura del presupuesto, sin más, en el caso de los ministros y lugares de culto católicos. En el caso del reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios religiosos de las confesiones con acuerdo se exigen una serie de requisitos adicionales frente al matrimonio canónico. Y, por último, en el caso del descanso semanal y festividades de estas confesiones se da lugar a una regulación que está lejos de garantizar la efectividad del derecho a conmemorar las propias festividades religiosas sancionado en la Ley Orgánica de libertad religiosa.

3. El Derecho de Europa: cuestiones de aplicación

EFICACIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LAS DECISIONES DEL TEDH EN EL ÁMBITO DE LAS LIBERTADES DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN

Isidoro Martín Sánchez

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Entre la labor interpretativa de los órganos creados para controlar la eficaz aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, destaca la llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y por la hoy desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Ello es debido, entre otras razones, a que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es el instrumento internacional que ha establecido el sistema más completo y eficaz de protección judicial de los derechos humanos, mediante la instauración de un control supranacional de los actos y órganos estatales¹. Además, el CEDH establece un nivel mínimo de protección de los derechos humanos, a través de su interpretación por el TEDH, que deben respetar los Estados miembros del Consejo de Europa, y contribuye a la formación de un Derecho común europeo, cuyo núcleo son los derechos fundamentales². Por otra parte, el CEDH y su interpretación pro el TEDH no sólo tienen relevancia en el ámbito del Consejo de Europa, sino también

¹ Sobre este punto, cfr. G. Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, 1989, p. 9.

² En este sentido, cfr. J. Delgado Barrio, "Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española", en *Revista de Administración Pública*, n. 119, 1989, pp. 233-234; P. Häberle, "Derecho constitucional común europeo", en *Revista de Estudios Políticos*, 79, 1993, pp. 25 y ss.

en el ordenamiento de la Unión Europea. Así, el artículo 6.2. del Tratado de la Unión Europea, redactado según el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, dispone: "La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados". El epígrafe tercero de este mismo artículo establece que los derechos fundamentales garantizados por el CEDH, junto con los que son fruto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

En el ordenamiento jurídico español, las sentencias del TEDH tienen una especial importancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, cuya remisión a los tratados internacionales de derechos humanos, como criterio interpretativo de los derechos fundamentales y libertades por ella reconocidos, incluye también las decisiones –jurisprudenciales o no– de los órganos creados por éstos y las resoluciones y recomendaciones de las organizaciones internacionales de las que España forma parte³.

Debido al valor interpretativo directo de la jurisprudencia del TEDH, aunque éste no es un órgano judicial supranacional al que está subordinado el Tribunal Constitucional⁴, sus sentencias deben ser tenidas en cuenta por éste –aun no siendo vinculantes–, y por los restantes intérpretes de la Constitución⁵. El Tribunal Constitucional ha reconocido la importancia de dicha jurisprudencia, afirmando que es "de decisiva relevancia en el caso español por la remisión contenida en el art. 10.2 de la Constitución"⁶. De hecho, el Tribunal Constitucional viene utilizando en sus sentencias cada vez más frecuentemen-

³ En este sentido, cfr. C. Fernández de Casadevante, *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Madrid, 1988, p. 55; A. Sáiz Arnáiz, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999, p. 93; por su parte el Tribunal Constitucional, en las sentencias 15/1982, de 23 de abril; 160/1987, de 27 de octubre, y 161/1987, de 27 de octubre, se ha remitido a diversas resoluciones emanadas por órganos del Consejo de Europa para configurar el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar.

⁴ Como ha manifestado el Tribunal Constitucional en la Providencia de 31 de enero de 1994; sobre este punto, cfr. C. Ruiz Miguel, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1997, p. 182.

⁵ En este sentido, cfr. A. Sáiz Arnáiz, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10,2 de la Constitución española*, cit., p. 159.

⁶ Sentencia 22/1981, de 2 de julio, FJ3.

te, aunque con diferente criterio⁷, la jurisprudencia del TEDH. En efecto, en algunas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha asumido las argumentaciones utilizadas por esta jurisprudencia para fundamentar sus sentencias⁸. Por el contrario, en otros supuestos el recurso a la jurisprudencia del TEDH se ha empleado por el Tribunal Constitucional para reforzar la argumentación de sus sentencias⁹.

En cuanto a la eficacia de las sentencias del TEDH, es preciso tener en cuenta que éstas son obligatorias, definitivas y no ejecutivas¹⁰.

Respecto de este punto, el Tribunal Supremo ha manifestado que “las resoluciones del TEDH no tienen efecto directo en el sistema judicial español”¹¹. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “desde la perspectiva del Derecho internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 CE), el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal (o, en su caso, por el Comité de Ministros de acuerdo con el art. 32 del Convenio). El Convenio no obliga a los Estados miembros a elimi-

⁷ Sobre este punto, cfr. E. García de Enterría, “El valor en el Derecho español de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n. 1, 1987, pp. 12 y ss.; L. Martín-Retortillo, “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Administración Pública*, 137, 1995, pp. 11 y ss.

⁸ Sobre este punto, cfr. A. Sáiz Arnáiz, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, cit., pp. 255 y ss., en las que menciona diversas sentencias del Tribunal Constitucional. El autor, ob. cit., p. 241, califica en estos casos a la jurisprudencia del TEDH como “modelo” de la del Tribunal Constitucional, para distinguirla de aquellos otros supuestos en los que aquella jurisprudencia sólo actúa como “ejemplo”. Es decir, es utilizada por el Tribunal Constitucional para reforzar sus argumentaciones, no para fundamentar sus sentencias.

⁹ Cfr. A. Sáiz Arnáiz, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, cit., pp. 242 y ss., donde cita varias sentencias del Tribunal Constitucional de este tipo.

¹⁰ En este sentido, cfr. C. Ruiz Miguel, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 29.

¹¹ Sentencia de 20 de noviembre de 1996.

nar las consecuencias del acto contrario a la obligación jurídica internacional asumida por el Estado”¹².

La ejecución de las sentencias del TEDH depende, en último término, de la voluntad de los Estados miembros que, en razón de la obligatoriedad de aquéllas, deben adoptar en sus ordenamientos las medidas necesarias para que surtan efectos. No obstante esta carencia de ejecutividad, la realidad confirma que las sentencias se cumplen voluntariamente por los Estados. Ello es debido a los deseos de éstos de conservar su prestigio internacional y, sobre todo, a la “auctoritas” del TEDH, “cuyo peso jurídico y moral se extiende por toda Europa”¹³.

En el presente trabajo, vamos a examinar la recepción por los órganos jurisdiccionales españoles –especialmente por el Tribunal Constitucional– de la jurisprudencia del TEDH sobre las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión.

II. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

1. Dimensión individual

La libertad religiosa está regulada en el artículo 9 del CEDH, el cual debe ser interpretado, para su adecuada comprensión, en relación con los artículos 11 (libertad de reunión y de asociación) y 14 (derecho a la igualdad), así como con el artículo 2 del Protocolo Adicional n. 1 (derecho a la educación) del mismo Convenio.

En relación con el artículo 9, la CEDH ha manifestado reiteradamente que éste protege primordialmente “la esfera de las convicciones personales y de las creencias religiosas, es decir, al ámbito que es a veces denominado el *forum internum*”¹⁴. En segundo lugar, el artículo 9 garantiza el derecho a manifestar

¹² Sentencia 245/1991, de 16 de diciembre, FJ2.

¹³ Como señala L.M. Bujosa Vadell, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1977, pp. 130-131.

¹⁴ Cfr., entre otras, las Decisiones 10358/83, en el caso C. contra el Reino Unido; y 10678/83, en el caso V. contra Holanda; a juicio de M.D. Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge, 1997, p. 294, este *forum internum*, es decir, “la propia interioridad”, constituye la “esfera privada” de la que habla la Comisión.

una religión o convicción por “mediodel culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

Estas distinciones han sido tenidas en cuenta por el Tribunal Constitucional, el cual se ha referido a dicho artículo del CEDH para definir el derecho de libertad religiosa. Así, ha afirmado que este derechos “implica la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la de manifestarlas mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza, según declara el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 9)”¹⁵.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a las sentencias del TEDH en los casos Kokkinakis¹⁶ y Larissis¹⁷, perfilará el contenido del derecho de libertad religiosa, declarando que en el *agere licere* protegido por éste no sólo se incluye el profesar unas creencias y comportarse de acuerdo con ellas, sino también el “poder hacer proselitismo de las mismas”¹⁸.

Finalmente, el contenido de la libertad religiosa será completado por el Tribunal Constitucional, mediante una remisión a la sentencia del TEDH en el caso Hoffmann, señalando que en el mismo se incluye “el derecho a no ser discriminado por razón de credo o religión, de modo que las diferentes creencias no pueden sustentar diferencias de trato jurídico”¹⁹.

La titularidad del derecho a la libertad religiosa corresponde a todas las personas, independientemente de su nacionalidad²⁰. Cuestión distinta es la de a qué edad puede la persona ejercitar por sí misma este derecho.

De acuerdo con la opinión doctrinal mayoritaria, dicho ejercicio está subordinado a la existencia en el menor de la discreción de juicio suficiente,

¹⁵ ATC180/1986, de 21 de febrero, FJ2.

¹⁶ Sentencia del TEDH, de 25 de mayo de 1993, en el caso Kokkinakis contra Grecia.

¹⁷ Sentencia del TEDH, de 24 de febrero de 1998, en el caso Larissis, Mandalarides y Sarandis contra Grecia.

¹⁸ STC141/2000, de 29 de mayo, FJ4.

¹⁹ STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ4; el TEDH, en la sentencia 23 de junio de 1993, en el caso Hoffmann contra Austria, al examinar un supuesto de disenso entre los padres sobre la educación religiosa de sus hijos, manifestó que una diferencia de trato basada en la religión es discriminatoria cuando carece de “una justificación objetiva y razonable, es decir, si no está basada en un fin legítimo y si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

²⁰ STC107/1984, de 23 de noviembre, FJ3.

que deberá ser comprobada en cada caso concreto, en último término, judicialmente²¹.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que “el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión”²². Asimismo, dispone que “Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”²³.

Esta normativa plantea la incidencia de los contrastes entre los titulares de la patria potestad sobre la educación religiosa de sus hijos menores de edad. Y, asimismo, los posibles conflictos entre la libertad religiosa del menor y la de los que ejercen sobre él la patria potestad.

Estas cuestiones han sido contempladas por el Tribunal Constitucional en la sentencia 141/2000, de 29 de mayo. El supuesto objeto de la misma tuvo su origen en una demanda de separación matrimonial en la que la esposa pidió una restricción del régimen de visitas, como consecuencia de la pertenencia de su esposo al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, y del proselitismo que de sus creencias hacía respecto de ella y de los hijos comunes, de doce y cinco años de edad.

La esposa apeló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, solicitando una restricción aún mayor del régimen de visitas acordado por este órgano judicial. Esta petición fue estimada por la Audiencia Provincial, por considerar que la doctrina del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal, profesada por el padre, podía afectar psíquicamente a los menores.

El esposo recurrió en amparo la sentencia de la Audiencia Provincial, alegando que la misma –al restringir el régimen de visitas por su mera pertenencia al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal, sin que se hubiera probado la existencia de circunstancias graves que pudieran entorpecer el desarrollo adecuado de la personalidad de los menores– había vulnerado su derecho a la libertad ideológica y religiosa, garantizado en el artículo 16.1 de la Constitución.

²¹ Sobre este punto, cfr. M. Moreno Antón, “Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial”, en R. Navarro-Valls, J. Mantecón Sancho, J. Martínez-Torrón (Coordinadores), *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Madrid, 2009, pp. 241 y ss.

²² Art. 6.1.

²³ Art. 6.3.

El Tribunal Constitucional, citando la sentencia del TEDH en el caso Hoffmann contra Austria, afirmó que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos a la libertad religiosa y a la integridad moral, sin que en el ejercicio de los mismos puedan quedar por completo subordinados a quienes ejercen sobre ellos la patria potestad. Asimismo, manifestó que los poderes públicos deben velar, por tanto, para que el ejercicio de la patria potestad se realice siempre en favor del interés “superior” del menor²⁴.

En virtud de ello, según el Tribunal Constitucional, “frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de uno y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 (C E))”²⁵.

Teniendo estos principios en cuenta, el Tribunal Constitucional consideró que el sacrificio a la libertad de creencias del recurrente, que le fue impuesto por la Audiencia Provincial, obedeció a una finalidad constitucionalmente legítima. Sin embargo, la desproporción de las medidas adoptadas por la misma conduce a “afirmar que el recurrente ha sido discriminado en virtud de sus creencias y, por tanto, a la estimación del amparo”²⁶.

2. Dimensión colectiva

En relación con esta cuestión, es necesario partir de la base de que el TEDH, tras alguna decisión contradictoria inicial, ha reconocido que las confesiones religiosas son titulares de los derechos garantizados en el artículo 9 del CEDH. Esta jurisprudencia puede considerarse consolidada²⁷.

²⁴ FJ5, en el que se citan, además de diversas sentencias del Tribunal Constitucional, la sentencia del TEDH de 23 de junio de 1993, en el caso Hoffmann contra Austria.

²⁵ FJ 5.

²⁶ FJ 6.

²⁷ Cfr. las Decisiones 11921/86, en el caso Kontak-Information-Therapie y Hagen contra Austria; 12587/86, en el caso A.R.M. Chappell contra el Reino Unido; 17522/90, en el caso Iglesia Bautista “El Salvador” y Ortega Moratilla contra España.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que de la jurisprudencia del TEDH y de la CEDH, cabe deducir que el derecho a la igualdad del art. 14 del CEDH, en relación con los derechos garantizados por el artículo 9 del mismo, se aplica a las personas físicas y no a las jurídicas²⁸. Por ello, el régimen privilegiado de una confesión en un Estado miembro es considerado legítimo, salvo que impida el ejercicio del derecho de libertad religiosa de las personas no pertenecientes a aquélla²⁹.

Sin embargo, el Estado debe reconocer la autonomía interna de las confesiones tanto en relación con el mantenimiento de la propia ortodoxia frente a las pretensiones contrarias de sus miembros³⁰, como respecto del nombramiento de sus autoridades religiosas³¹. Además, el artículo 9 del CEDH excluye que, salvo casos excepcionales, el Estado pueda determinar si las creencias religiosas o los medios para expresarlas son legítimas³². Finalmente, es preciso señalar que el TEDH ha afirmado que toda confesión religiosa tiene derecho a que se le reconozca la personalidad jurídica civil, sin la exigencia de requisitos que supongan una discriminación respecto de las restantes confesiones³³.

El Tribunal Constitucional ha examinado un supuesto, referente al reconocimiento de la personalidad jurídica civil de una confesión religiosa, en el que se plantean algunas de las cuestiones que acabamos de mencionar.

En el caso contemplado por la sentencia 46/2001, de 15 de febrero, la Iglesia de Unificación solicitó su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas que le fue denegada, porque la Dirección General de Asuntos Religiosos estimó que carecía de auténtica naturaleza religiosa. Además de esta razón, la negativa se basó en que dicha Dirección General consideró que la Administración debía

²⁸ Sobre este punto, cfr. J. Martínez-Torrón, "La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea", en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, IX, 1993, p. 80.

²⁹ Sobre este punto, cfr. C. Morviducci, "La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa", en *La tutela della libertà de religione*, a cura di S. Ferrari e T. Scovazzi, Padova, 1988, p. 51.

³⁰ CEDH 12356/86, en el caso *Karlsson contra Suecia*.

³¹ TEDH, sentencia de 14 de diciembre 1999, en el caso *Serif contra Grecia*; sentencia de 26 de octubre de 2000, en el caso *Hasan y Chaush contra Bulgaria*.

³² La sentencia del TEDH, de 26 de septiembre de 1996, en el caso *Manoussakis y otros contra Grecia*, manifiesta, en su n. 47, que "el derecho a la libertad de religión tal y como lo entiende el Convenio excluye toda apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión de éstas".

³³ Sentencia de 16 de diciembre de 1997, en el caso *Iglesia Católica de Canea contra Grecia*.

adoptar una actitud particularmente cautelosa en materia de inscripción registral para evitar el fraude de ley y defender el orden público constitucional³⁴.

La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo confirmaron la decisión de la Dirección General de Asuntos Religiosos por considerar que la entidad en cuestión, aunque tenía fines religiosos, atentaba contra el orden público³⁵. La Iglesia de Unificación recurrió en amparo, alegando la violación, entre otros, del derecho de libertad religiosa y solicitando la anulación de la resolución denegatoria de la inscripción, así como de las sentencias que la confirmaron³⁶.

El Tribunal Constitucional, tras definir el contenido del derecho de libertad religiosa, manifestó que éste presenta una dimensión externa, individual y colectiva, que exige de los poderes públicos una actitud positiva de prestación, según lo dispuesto en el artículo 2,3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Como especial expresión de esta actitud respecto del ejercicio colectivo del derecho de libertad religiosa, señaló el Tribunal que el artículo 16.3 de la Constitución "considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener <<las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones>>, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que <<veda cualquier confusión entre fines religiosos y estatales>> (STC 177/1996)"³⁷.

Por otra parte, afirmó que, en la determinación del contenido del derecho de libertad religiosa, es preciso tener en cuenta –además de la normativa y jurisprudencia españolas– los tratados internacionales a los que se refiere el artículo 10,2 de la Constitución y de forma especial el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo³⁸.

Teniendo esto presente, el Tribunal examinó la función del Registro de entidades Religiosas y el significado de la inscripción en el mismo.

A juicio del Tribunal Constitucional, la inscripción de una entidad en este Registro no sólo comporta para la misma el reconocimiento de su personalidad jurídica, sino además el otorgamiento de un específico status manifestado en el reconocimiento de su plena autonomía y que se proyecta en el ámbito

³⁴ Antecedente 2, b).

³⁵ Antecedente 2, c).

³⁶ Antecedente 3.

³⁷ FJ 4.

³⁸ FJ 4.

penal y en otros sectores del ordenamiento. Por ello, puede apreciarse que “el legislador otorga a las confesiones o comunidades inscritas en el Registro una especial protección jurídica de la que no pueden beneficiarse aquellas otras que, habiendo pretendido acceder a dicho status mediante la formal solicitud de la inscripción, han visto ésta denegada”³⁹.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal Constitucional manifestó que el Estado no tiene una habilitación para llevar a cabo “una actividad de control de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas, o sobre las distintas modalidades de expresión de las mismas, sino tan sólo la de comprobar, emanando a tal efecto un acto de mera constatación que no de calificación, de que la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el artículo 3.2 LOLR, y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, ni son contrarias a la seguridad, salud o moralidad públicas, como elementos en que se concreta el orden público protegido por la ley en una sociedad democrática, al que se refiere el artículo 16.1 CE”⁴⁰.

La inscripción en el Registro de Entidades Religiosas es para el Tribunal Constitucional, “la formal expresión de un reconocimiento jurídico dispensado a los grupos o comunidades religiosas, orientado a facilitar el ejercicio colectivo de su derecho a la libertad religiosa”. Por ello, a su juicio, “la indebida denegación por la Administración responsable del Registro de la inscripción solicitada, viene a constituirse en un injustificado obstáculo que menoscaba el ejercicio, en plenitud, del derecho fundamental de libertad religiosa del que son titulares los sujetos colectivos”⁴¹.

Una vez delimitada la función del Registro de Entidades Religiosas, el Tribunal Constitucional consideró que, en virtud de la prueba documental practicada, la Administración “denegó la inscripción sin contar con elementos de juicio ciertos acerca de eventuales actuaciones ilícitas de la Iglesia de Unificación, ni en España ni en ninguno de los países en los que aquella se encuentra implantada”. Por todo ello, concluyó manifestando que la “inadecuada aplicación del límite del orden público como elemento de justificación en el que fundamentar la denegación de la inscripción, determinó también

³⁹ FJ 7.

⁴⁰ FJ 8.

⁴¹ FJ 9.

la vulneración del derecho a la libertad religiosa que garantiza el art. 16 de la Constitución, por lo que procede otorgar el amparo solicitado”⁴².

La autonomía de las confesiones ha sido examinada también por el Tribunal Constitucional en relación con el nombramiento de los profesores de religión.

La sentencia del Tribunal Constitucional 51/2011, de 14 de abril, resolvió el recurso de amparo interpuesto por una profesora de religión católica de un centro de enseñanza público, a la que no se le renovó la propuesta de idoneidad por el obispado de Almería –según lo prescrito en el artículo III del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales– por haber contraído matrimonio civil con una persona divorciada.

La recurrente alegó vulneración de sus derechos a no sufrir discriminación por sus circunstancias personales (artículo 14 de la Constitución) y a la intimidad personal y familiar (artículo 18,1 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional, reiterando la doctrina expuesta en su sentencia 38/2007, de 15 de febrero, señaló, en primer lugar, que “la facultad reconocida a las autoridades eclesásticas para determinar quiénes sean las personas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de la libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público”. En efecto, el reconocimiento en el artículo 16.1 de la Constitución de la libertad religiosa individual y colectiva hace inimaginable que “las Administraciones públicas educativas pudieran encomendar la impartición de la enseñanza religiosa en los centros educativos a personas que no son consideradas idóneas por las respectivas autoridades religiosas para ello”⁴³.

Ahora bien, tras afirmar la autonomía de las confesiones religiosas en este punto, el Tribunal Constitucional manifestó que la declaración de idoneidad de los profesores de religión por la autoridad eclesástica no implica que la misma no pueda ser objeto de control por los órganos judiciales del Estado, con el fin de determinar su adecuación a la legalidad.

Estos órganos deberán analizar si la falta de propuesta por el obispo “responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza, criterios cuya definición

⁴² FJ 14.

⁴³ FJ 3.

corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo. En fin, una vez garantizada la motivación estrictamente “religiosa” de la decisión, el órgano judicial habrá de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo”⁴⁴.

Examinando los derechos fundamentales en conflicto, el Tribunal Constitucional puso de relieve que el artículo 32,1 de la Constitución proclama, en coherencia con los tratados internacionales de derechos humanos –entre ellos, el CEDH– “que <<el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica>>, regla que supone una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE)”⁴⁵.

Por su parte, el TEDH ha declarado que el ejercicio del derecho fundamental al matrimonio y a fundar una familia, garantizados por el artículo 12 CEDH, “está sujeto a las legislaciones nacionales de los Estados contratantes, pero las limitaciones en ellas introducidas no deben restringir o reducir el derecho de tal manera o hasta tal punto que perjudiquen la esencia del derecho (véase Sentencia Rees contra el Reino Unido de 17 de octubre 1986, §32)”⁴⁶.

Asimismo, afirmó el Tribunal Constitucional, “debe recordarse que la conexión entre el respeto a la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 CEDH (que se corresponde con el derecho a la intimidad personal y familiar proclamado por el art. 18.1 CE) y el derecho a contraer matrimonio reconocido por el art. 12 CEDH (que se corresponde con el art. 32.1 CE) ha sido reconocida reiteradamente por el TEDH (entre otras, SSTEDH de 17 de octubre de 1986, asunto Rees contra Reino Unido; 11 de julio de 2002, asunto I. contra Reino Unido; y 18 de abril de 2006, asunto Dickson contra Reino Unido); que asimismo ha reconocido (por todas, STEDH de 18 de diciembre de 1986, asunto Johnston contra Irlanda) la relación existente entre los referidos dere-

⁴⁴ FJ 4.

⁴⁵ FJ 8.

⁴⁶ FJ 8.

chos y la prohibición de discriminación proclamada por el art. 14 CEDH (en términos similares al art. 14 CE)”⁴⁷.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente “que el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 reconoce (...). Siendo asimismo doctrina consolidada de este Tribunal que (...) el art. 14 CE (...) se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación, lo que no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6)”⁴⁸.

Sentado esto, el Tribunal Constitucional consideró que la cuestión que debía resolver consistía en si la decisión del obispo de no proponer a la recurrente como profesora de religión católica encuentra cobertura en el derecho de libertad religiosa de la Iglesia Católica, o si, por el contrario, esta decisión eclesiástica vulnera los derechos de aquélla a la libertad religiosa en conexión con sus derechos a contraer matrimonio en la forma y condiciones establecidas en la ley, a no sufrir discriminación por sus circunstancias personales y a la intimidad personal y familiar⁴⁹.

Para el Tribunal Constitucional, “la circunstancia de que la demandante hubiese contraído matrimonio civil aparece por completo desvinculada de su actividad docente, pues no se le imputa en modo alguno por el Obispado de Almería que en sus enseñanzas como profesora de religión y moral católicas haya incurrido en la más mínima desviación de los contenidos de tales enseñanzas establecidos por la Iglesia católica (...), sino que la falta de coherencia con la doctrina católica sobre el matrimonio que le reprocha el Obispado a la demandante lo es en relación con una decisión tomada por ésta en el legítimo ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, derecho que implica la consiguiente libertad de elección del cónyuge (elección que, dadas las circunstancias concurrentes, obligaba a acogerse necesariamente a la forma civil del matrimonio)”⁵⁰.

⁴⁷ FJ 8.

⁴⁸ FJ 8.

⁴⁹ FJ 9.

⁵⁰ FJ 12.

Por ello, a juicio del Tribunal Constitucional, “la decisión de la demandante de casarse en forma civil queda así, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar, de suerte que la motivación religiosa del Obispado de Almería de no proponerla como profesora de religión (...), (por haber contraído matrimonio sin ajustarse a las normas del Derecho canónico), no justifica, por sí sola, la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir enseñanzas de religión y moral católicas, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE)”⁵¹.

Entenderlo de otro modo, continúa afirmando el Tribunal Constitucional, “conduciría a la inaceptable consecuencia (...) de otorgar a la libertad religiosa una prevalencia absoluta sobre la libertad individual”⁵².

En razón de lo expuesto, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo a la recurrente “por vulneración de los derecho a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales, a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar”⁵³.

III. LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

1. La distinción ente el derecho a tener unas creencias y el de manifestarlas

En materia de límites al derecho de libertad religiosa, es preciso tener en cuenta que, según el artículo 9,2 del CEDH, éstos sólo resultan factibles con referencia a las manifestaciones de la propia religión o convicción y no en relación con el derecho a tener unas determinadas creencias.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, a la hora de abordar el significado y alcance de estos límites, cita el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Así, mencionando las citadas sentencias del TEDH en los

⁵¹ FJ 12.

⁵² FJ 12.

⁵³ FJ 12.

casos Kokkinakis contra Grecia y Larissis, Mandalarides y Sarandis contra Grecia⁵⁴, ha distinguido entre el derecho a tener más convicciones y el derecho a manifestarlas. En relación con el primero de ellos, ha señalado que “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”⁵⁵. Sin embargo, el derecho a manifestar las propias creencias “frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley”⁵⁶.

Tras establecer la citada distinción, y con la cita de las sentencias del TEDH en los casos Hoffmann contra Austria, Manoussakis y otros contra Grecia, y Larissis, Mandalarides y Sarandis contra Grecia, el Tribunal Constitucional concluye su argumentación en materia de límites, afirmando que los poderes públicos conculcarán la libertad religiosa “si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto; o, aún cuando amparen sus actos en dichos límites, si perturban o impiden de algún modo la adopción, el mantenimiento o la expresión de determinadas creencias cuando exista un nexo causal entre la actuación de los poderes públicos y dichas restricciones y éstas resulten de todo punto desproporcionadas”⁵⁷.

2. El orden público y sus elementos constitutivos

Para el Tribunal Constitucional, el orden público como límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa “no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad”⁵⁸.

No obstante, el Tribunal Constitucional –citando las sentencias del TEDH en los casos Hoffmann contra Austria y Kokkinakis contra Grecia –afirma que, cuando esté en peligro el libre desarrollo de la personalidad a causa de

⁵⁴ Cfr. las notas 16 y 17 de este trabajo.

⁵⁵ STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4.

⁵⁶ STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4.

⁵⁷ STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4.

⁵⁸ STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 11.

los métodos utilizados por diversas sectas para captar a sus adeptos, “no puede considerarse contraria a la Constitución la excepcional utilización preventiva de la citada cláusula de orden públicos, siempre que se oriente directamente a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas propias de una sociedad democrática, que queden debidamente acreditados los elementos de riesgo y que, además, la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos”⁵⁹.

Entre los elementos constitutivos del orden público, el artículo 3,1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, menciona en primer término “la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales”⁶⁰.

Este límite comporta, en primer lugar, que la libertad religiosa no puede alegarse para justificar las acciones –independientemente de quien sea el sujeto que las realice– dirigidas a imponer a otras personas la adopción de unas creencias, el abandono de las que tengan o la sustitución de éstas por otras.

El Tribunal Constitucional ha examinado un supuesto relacionado con este tipo de acciones. En la STC 41/1997, de 10 de marzo, contempló el caso de unas personas que solicitaron la ayuda de un organismo de la Generalidad de Cataluña, porque algunos de sus familiares habían sido captados por el grupo Ceis. Como consecuencia de esa solicitud, los recurrentes, tras varias incidencias, fueron trasladados en vehículos oficiales y acompañados por miembros de la policía autonómica a un hotel en el que permanecieron diez días. Durante su estancia en el hotel fueron sometidos a un proceso de desprogramación e interrogados por un funcionario de la Generalidad.

Los afectados interpusieron una querrela criminal contra diversos funcionarios de la Generalidad, acusándoles –entre otros delitos– de detención ilegal. La Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a los acusados de los delitos que se les imputaban. Por su parte, el Tribunal Supremo desestimó los recursos de casación interpuestos por los interesados y por el Ministerio Fiscal.

En su recurso de amparo, los recurrentes alegaron la vulneración de sus derechos a la libertad religiosa y a la igualdad, invocando la jurisprudencia del

⁵⁹ STC 46/2001, de 15 de febrero, F 11.

⁶⁰ El artículo 9,2 del CEDH menciona este derecho como límite independiente de la “protección del orden”.

TEDH. Además, solicitaron la declaración de nulidad de las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional manifestó que, dada la naturaleza del recurso de amparo, no era posible anular “una sentencia con pronunciamiento absolutorio de fondo que haya adquirido firmeza, sobre la base de un derecho de acción que el legislador, (...) ha declarado ya extinguido, prolongando indebidamente en sede de amparo, el proceso penal”⁶¹.

Por otra parte, afirmó que “las sentencias absolutorias impugnadas no han desconocido los derechos de los recurrentes a la libre circulación por el territorio nacional ni a la libertad personal, ideológica, religiosa y de conciencia, puesto que (...) se limitaron a declarar que el presupuesto para la imposición del castigo –el delito– no existía, sin que tal declaración basada en una resultancia fáctica que este Tribunal no puede revisar (...) excluya que haya podido, efectivamente, haber vulneración de los derechos fundamentales aludidos ni que ésta pueda repararse en la vía procedente”⁶².

En virtud de estas argumentaciones, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado. Posteriormente, el TEDH consideró que en este caso había existido una violación del artículo 5.1 del CEDH por parte de las autoridades de la Generalidad. Sin embargo, no consideró necesario examinar de forma separada el caso desde la perspectiva del artículo 9 del CEDH⁶³.

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales está directamente relacionada con el proselitismo de las propias creencias.

El proselitismo, como ha señalado el TEDH, es un derecho inherente a las libertades religiosa e ideológica, sin el cual las mismas carecerían de sentido⁶⁴. Sin embargo, en cuanto constituye una manifestación, no es un derecho absoluto sino sometido a límites. De aquí, que la relación entre el derecho al proselitismo de las propias creencias y el de los demás a no ser objeto del mis-

⁶¹ FJ 6.

⁶² FJ 8.

⁶³ Sentencia del TEDH, de 14 de octubre de 1999, en el caso Riera Blume y otros contra España.

⁶⁴ Sentencia de 25 de mayo de 1993, en el caso Kokkinakis contra Grecia; en el mismo sentido, la sentencia de 24 de febrero de 1998, en el caso Larissis, Mandalarides y Sarandis contra Grecia.

mo, deba ser delimitada –como lo ha hecho el TEDH– mediante un juicio de ponderación de intereses contrapuestos⁶⁵.

Respecto de este punto, el TEDH ha diferenciado ente el proselitismo lícito y el abusivo⁶⁶. Solamente este último –que “puede consistir en ofrecer ventajas materiales o sociales para conseguir adeptos a una Iglesia, o en presionar de manera abusiva a las personas en situación de necesidad, o comportar el recurso a la violencia o al lavado de cerebro” – está prohibido⁶⁷. Este proselitismo abusivo no sólo existe cuando se emplean estos medios, sino también en los casos en que se utiliza el abuso de poder⁶⁸.

Siguiendo estos criterios jurisprudenciales y con expresa referencia a las sentencias del TEDH en los cass Kokkinakis contra Grecia y Larissis, Mandalarides y Sarandis contra Grecia, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que “la libertad de creencias encuentra, por otra parte, su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos (SSTEDH de 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis, §§ 42 a 44 y 47; de 24 de febrero de 1998, caso Larissis, §§ 45 y 47); así como también resulta un evidente límite de esa libertad de creencias la integridad moral (art. 15 CE) de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues bien pudieran conllevar las mismas una cierta intimidación moral, e incluso tratos inhumanos o degradantes”⁶⁹.

⁶⁵ Sobre este punto, cfr M.D. Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, cit. pp. 332 y ss.

⁶⁶ Sentencia de 25 de mayo de 1993, en el caso Kokkinakis contra Grecia.

⁶⁷ Sentencia de 25 de mayo de 1993, en el caso Kokkinakis contra Grecia.

⁶⁸ Sentencia de 24 de febrero de 1998, en el caso Larissis, Mandalarides y Sarandis contra Grecia. En esta última sentencia, el TEDH declaró que las sanciones impuestas por un tribunal militar a tres oficiales del Ejército del Aire griego, como consecuencia de los actos de proselitismo realizados sobre tres miembros de inferior graduación del mismo Ejército, no violaban el artículo 9 del CEDH. En su argumentación, el Tribunal manifestó que “las estructuras jerárquicas, que son una característica de las fuerzas armadas, pueden impregnar todos los aspectos de las relaciones entre el personal militar, haciendo difícil para un subordinado rechazar las aproximaciones de una persona de rango superior o dejar una conversación iniciada por ésta. Por ello, lo que en la vida civil sería considerado como un inocuo intercambio de ideas que el receptor es libre de aceptar o rechazar, puede ser visto, en el ámbito de la vida militar, como una forma de acoso o de aplicación de presión indebida por abuso de poder”.

⁶⁹ STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4.

La salud es también uno de los elementos constitutivos del orden público, según lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Para el Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.2 del CEDH y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este término debe interpretarse como la salud pública, es decir, “entendida con referencia a los riesgos para la salud en general”⁷⁰.

La moralidad pública es, asimismo, otro de los elementos que el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa incluye en el contenido del orden público.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “de acuerdo con la Constitución, y con la Declaración Universal, acuerdos y tratados ratificados por España, el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, como así lo ha hecho el legislador postconstitucional al regular en la ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, la libertad religiosa (art. 3.1), y señalar como límite de su ejercicio la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la *moralidad pública*, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”⁷¹.

Después de realizar esta puntualización, el Tribunal Constitucional manifestó que la delimitación del significado de la moralidad pública constituye un problema de difícil solución. Ello es debido a que “la moral pública –como elemento ético común de la vida social– es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un *mínimum ético* para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 de la Constitución)”⁷².

⁷⁰ STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 13.

⁷¹ STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3.B.

⁷² STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3.B. En este punto, el Tribunal Constitucional sigue lo manifestado por el TEDH en la sentencia de 7 de diciembre de 1976, en el caso *Handyside* contra el Reino Unido.

IV. SIMBOLOGÍA RELIGIOSA, NEUTRALIDAD ESTATAL Y LIBERTAD RELIGIOSA

Un primer aspecto de las cuestiones debatidas en esta materia es la relación entre la neutralidad religiosa del Estado y la presencia del crucifijo en las aulas de los centros docentes públicos.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 14 de diciembre de 2009, resolvió un recurso de apelación interpuesto por la Junta de Castilla y León y por la asociación E. Cristians, en el que solicitaba la retirada del crucifijo en las aulas y dependencias comunes de un centro docente público por entender que vulneraba el derecho de libertad religiosa de los padres y alumnos no católicos.

El Tribunal, tras citar el artículo 9 del CEDH y la sentencia de la Sección Segunda del TEDH, de 3 de noviembre de 2009, en el caso *Lautsi contra Italia*, manifestó que sólo “en aquellas aulas y para el curso escolar concreto en el que medie una petición de retirada de cualquier símbolo religioso o ideológico, petición materializada por los padres del alumno y la cual revista las más mínimas garantías de seriedad deberá procederse a su retirada inmediata. Otro tanto debería realizarse en los espacios comunes del centro educativo público. En aquellas aulas en las que cursen alumnos cuyos progenitores no hayan manifestado su contrariedad a la persistencia o colocación de aquellos símbolos, no se entiende que existe conflicto alguno y por lo tanto sería procedente su mantenimiento o existencia”⁷³.

Respecto de esta sentencia, cabe puntualizar sin embargo, que la sentencia de la Gran Sala del TEDH, de 18 de marzo de 2011, en el caso *Lautsi y otros contra Italia*, revocó la sentencia de la Sección Segunda del mismo Tribunal, de 3 de noviembre de 2009, en el caso *Lautsi contra Italia*, por entender básicamente que –al ser el crucifijo un símbolo esencialmente pasivo– no puede atribuírsele una influencia sobre los alumnos comparable a la de un discurso didáctico o a la de una participación en actividades religiosas. Por ello, no cabe apreciar una violación del artículo 2 del Protocolo Adicional n. 1 del CEDH⁷⁴.

⁷³ FJ octavo.

⁷⁴ Sobre este punto, cfr. I. Martín Sánchez, “El caso *Lautsi* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXVIII, 2012, pp. 215 y ss.

Un segundo supuesto, examinado esta vez por el Tribunal Constitucional, está constituido por el recurso de amparo interpuesto por un miembro del Colegio de Abogados de Sevilla. En él, el recurrente alegó que la advocación de este colegio profesional bajo el patronato de la Virgen María en el Misterio de su Concepción Inmaculada, establecida en sus estatutos, suponía una vulneración de la libertad religiosa subjetiva y objetiva, así como del principio de igualdad.

El Tribunal Constitucional, invocando la sentencia de la Gran Sala del TEDH, de 18 de marzo de 2011, sobre el caso Lautsi y otros contra Italia, manifestó que “la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado”⁷⁵.

Asimismo, hizo notar que en la sociedad actual, caracterizada por un evidente proceso de secularización, muchos símbolos originariamente religiosos han pasado a ser predominantemente culturales. Igualmente –siguiendo la citada sentencia del TEDH, de 18 de marzo de 2011, en el caso Lautsi y otros contra Italia, y las sentencias de este mismo Tribunal, de 7 de octubre de 2007, en el caso Zengin contra Turquía, y de 29 de junio de 2007, en el caso Folgerø y otros contra Noruega– puso de relieve la necesidad de valorar “la menor potencialidad para incidir sobre la neutralidad religiosa del Estado de los símbolos o elementos de identidad esencialmente pasivos”⁷⁶.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, entendió el Tribunal Constitucional que la finalidad de la norma estatutaria es conservar la identidad del Colegio de Abogados de Sevilla y que por ello, para evitar otro tipo de interpretaciones, “se incorporan al precepto dos afirmaciones que de otro modo serían innecesarias: la declaración de aconfesionalidad del Colegio y el origen del patronazgo, esto es, la tradición secular”⁷⁷.

Evidentemente –continúa manifestando el Tribunal Constitucional– la libertad religiosa del recurrente “quedaría menoscabada si, en virtud de la norma colegial, se viera compelido a participar en eventuales actos en honor de la Patrona del Colegio de Abogados”, o “si el patronazgo cuestionado incidiese de cualquier otro modo relevante sobre la esfera íntima de creencias, pensamientos o ideas del recurrente, esto es, sobre el espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso”.

⁷⁵ STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4.

⁷⁶ FJ 4.

⁷⁷ FJ 4.

Sin embargo, según el Tribunal Constitucional, “nada de esto ha ocurrido en el presente caso”⁷⁸. Por otro lado, la posibilidad de que el Colegio de Abogados de Sevilla “asuma signos de identidad que, desprovistos de una significación religiosa incompatible con el art. 16 CE, fueran en su origen propios de una u otra confesión o de ninguna, es algo que sólo a la corporación corresponde decidir democráticamente (...) y que, en tanto se configuren como tradiciones, han de gozar de la protección pretendida por el preámbulo de nuestra Constitución”⁷⁹.

En razón de lo expuesto, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado.

Un último supuesto en la materia que examinamos es el contemplado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de junio de 2012. En ella, el Tribunal resolvió el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Unificada de Militares Españoles, en el cual se solicitaba la declaración de nulidad del Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, que aprobó el Reglamento de Honores Militares, y, subsidiariamente, la declaración de nulidad de los apartados 1 y 2 de la Disposición adicional cuarta de esta norma.

El Tribunal Supremo desestimó, en primer lugar, la pretensión de la Asociación recurrente según la cual el Real Decreto 684/2010 debía declararse nulo porque su contenido había de haber sido regulado por Ley Orgánica. El Tribunal Supremo rechazó esta pretensión, entre otras razones, por entender la conformidad a Derecho del título competencial utilizado por el Gobierno para dictar esa norma. Título consistente en la “competencia exclusiva que otorga al Estado el artículo 149.1, 4º de la Constitución en materia de Defensa y Fuerzas Armadas”⁸⁰.

A continuación, el Tribunal Supremo examinó el apartado 1 de la Disposición adicional cuarta, el cual considera acto de servicio la participación de las Fuerzas Armadas en los actos oficiales celebrados con ocasión de honras fúnebres. Actos en los que se puede incluir una ceremonia religiosa, teniendo en cuenta la voluntad del fallecido o, en su caso, la de sus familiares. A juicio del Tribunal Supremo, en contra de lo alegado por la parte recurrente, esta Disposición no es contraria al derecho de libertad religiosa garantizado en el

⁷⁸ FJ 5.

⁷⁹ FJ 6.

⁸⁰ FD tercero.

artículo 16 de la Constitución. La razón de ello es que el militar no participa, aunque esté presente, en un acto de culto. Por ello, su asistencia a este tipo de ceremonias tiene la consideración de acto de servicio⁸¹.

El apartado 2 de la mencionada Disposición adicional cuarta establece: “Cuando se autoricen comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, en consecuencia, la asistencia y participación en los actos tendrá carácter voluntario”.

Para la Asociación recurrente, lo prescrito en esta norma “supone la pérdida de la necesaria neutralidad religiosa de las Fuerzas Armadas como parte de los poderes públicos y es contraria al apartado 3 del artículo 16 de la Constitución Española”⁸². Esta alegación se apoya en la sentencia del Tribunal Constitucional 34/2011 la cual, a su vez, cita lo dispuesto en las sentencias del TEDH sobre los casos Lautsi y otros contra Italia, Zengin contra Turquía y Folgerø y otros contra Noruega, respecto de “la menor potencialidad para incidir sobre la neutralidad religiosa del Estado de los símbolos o elementos de identidad esencialmente pasivos frente a otras actuaciones con capacidad para repercutir sobre las conciencias de las personas como son los discursos didácticos o la participación en actividades religiosas”⁸³.

Según el Tribunal Supremo, en este supuesto “no se trata (...), de actos oficiales propios de las Fuerzas Armadas en los que se rindan honores militares sino de la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en celebraciones de carácter religioso en las que tradicionalmente ha existido una participación castrense. Celebraciones religiosas e incluso de culto que responden a las creencias religiosas de la sociedad española a las que se refiere el artículo 16.3 de la Constitución, generalmente vinculadas a la Iglesia Católica y cuya presencia según el Reglamento, es para el militar que sea designado para asistir y participar en las mismas, como no podía ser de otro modo, voluntaria. En consecuencia ese segundo apartado de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2010 es también conforme a Derecho”⁸⁴.

⁸¹ FD cuarto.

⁸² FD quinto.

⁸³ FD quinto.

⁸⁴ FD quinto.

De acuerdo con los mencionados fundamentos de derecho, el Tribunal Supremo desestimó el recurso contencioso administrativo.

V. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

1. La objeción de conciencia a la práctica del aborto

La interpretación jurisprudencial sobre el artículo 2.1 del CEDH, que garantiza “el derecho de toda persona a la vida”, no ha mantenido una postura clara.

Así, la CEDH hizo algunas precisiones sobre esta cuestión, aunque insuficientes y de modo fragmentario. A este respecto, afirmó que el artículo 2.1 del CEDH se refiere a las personas ya nacidas y no resulta, por tanto, aplicable al *nasciturus*⁸⁵. Igualmente, señaló que la inaplicación del artículo 2.1 en este supuesto no implica que la vida del embrión pueda ser interrumpida por la decisión de la madre, sin ninguna clase de restricciones⁸⁶.

Por su parte, el TEDH ha señalado que existen diversas concepciones sobre la definición del término “persona” y el comienzo de la vida humana⁸⁷. Además, tampoco se encuentra en los Estados miembros un consenso común respecto de la definición científica y legal del comienzo de la vida humana. Esto comporta que la determinación sobre este comienzo forma parte del margen de apreciación del que disfrutaban los Estados en la aplicación del CEDH⁸⁸.

Reiterando lo manifestado por la CEDH, el TEDH considera que el no nacido no es titular del derecho a la vida proclamado en el artículo 2.1 del CEDH. Por otro lado, entiende que no resulta conveniente, ni posible, contestar en abstracto a la cuestión de si el *nasciturus* es una persona en relación con el mencionado artículo 2.1 del CEDH⁸⁹.

Ciertamente, el embrión en el útero goza de una cierta protección, debida a la dignidad que posee por su capacidad de llegar a ser persona. Sin embargo,

⁸⁵ Decisión de 13 de mayo de 1980, en el caso X contra el Reino Unido.

⁸⁶ Decisión de 19 de mayo de 1976, en el caso Bruggeman and Scheuten contra la República Federal de Alemania.

⁸⁷ Sentencia de 8 de julio de 2004, en el caso Vo contra Francia, n. 82.

⁸⁸ Sentencia de 8 de julio de 2004, en el caso Vo contra Francia, n. 82.

⁸⁹ Sentencia de 8 de julio de 2004, en el caso Vo contra Francia, n. 85.

esta protección no es absoluta y, por ello, puede cesar en algún momento concreto, como es el de que suponga un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer embarazada⁹⁰.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la objeción de conciencia del personal sanitario al aborto en la polémica sentencia 53/1985, de 11 de abril.

En ella, el Tribunal Constitucional puso de relieve que, aunque la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución, ello no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental reconocido en este precepto⁹¹. Esta interpretación es, a juicio del Tribunal Constitucional, concorde con los tratados internacionales a los que se remite el artículo 10.2 de la Constitución y, en concreto, con el artículo 2.1 del CEDH, el cual, al garantizar el derecho a la vida, emplea el término "persona".

El *nasciturus* no es por tanto, para el Tribunal Constitucional, titular de un derecho fundamental a la vida. Sin embargo, su vida es un bien constitucionalmente protegido, aunque no de una manera absoluta. Respecto de este punto, el Tribunal Constitucional afirmó que "como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeto a limitaciones"⁹².

Respecto del derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario a la práctica del aborto, el Tribunal Constitucional afirmó tajantemente "que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales"⁹³.

2. La objeción de conciencia a tratamientos médicos

El Tribunal Constitucional examinó en la sentencia 120/1990, de 27 de junio, un supuesto de objeción de conciencia a recibir asistencia médica, planteado por unos reclusos en huelga de hambre.

⁹⁰ Sentencia de 8 de julio de 2004, en el caso Vo contra Francia, n. 84.

⁹¹ FJ 5.

⁹² FJ 7.

⁹³ FJ 14.

La Audiencia Provincial de Madrid, revocando una Providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, declaró que, cuando a juicio de los facultativos existiera riesgo para la vida de los reclusos en huelga de hambre, debía prestárseles asistencia médica, aun en contra de su voluntad, siempre que no se les obligase a ingerir alimentos por vía bucal mientras estuviesen conscientes.

Contra el Auto de la Audiencia Provincial, tres de los reclusos en huelga de hambre interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, solicitando que se declarara su nulidad por infringir, entre otros, los artículos 15 y 16 de la Constitución y 3 del CEDH.

Respecto de la alegada vulneración del artículo 15 de la Constitución, el Tribunal Constitucional manifestó que la asistencia médica obligatoria no infringe el derecho reconocido en este precepto. Ello es debido a que en él “no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 de la Constitución protege”⁹⁴.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional consideró que la asistencia médica prestada a los reclusos en huelga de hambre no vulneraba la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes establecida por el artículo 15 de la Constitución.

En relación con esta cuestión y tras referirse al CEDH y a diversas sentencias del TEDH, el Tribunal Constitucional afirmó que “en modo alguno puede calificarse de <<tortura>> o <<tratos inhumanos o degradantes>> (...) la autorización de una intervención médica (...) que, en sí misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo”⁹⁵.

Finalmente, el Tribunal Constitucional entendió que tampoco cabía apreciar una vulneración de la libertad ideológica de los reclusos. Respecto de esta cuestión, los recurrentes alegaron que la intervención coactiva de la Administración, al imponerles la asistencia sanitaria, suponía una infracción de su libertad ideológica, entendida como actitud ante la propia vida.

⁹⁴ FJ 7.

⁹⁵ FJ 9.

Para el Tribunal Constitucional, “tal alegación no es aceptable porque (...), es innegable que la asistencia médica obligatoria a los presos en huelga de hambre (...) no tiene por objeto impedir o poner obstáculos a la realización y mantenimiento de la huelga (...), sino que va encaminada exclusivamente a defender la vida de los reclusos en huelga, al margen de todo propósito de impedir que éstos continúen en su actividad reivindicativa”⁹⁶.

En virtud de la argumentación expuesta, el Tribunal Constitucional denegó el amparo a los recurrentes.

3. La objeción de conciencia laboral

La sentencia del Tribunal Constitucional 191/1985, de 13 de febrero, contempló el caso de una persona que, con posterioridad a la celebración de su contrato de trabajo, ingresó en la Iglesia Adventista del Séptimo Día, cuyos preceptos prohíben trabajar desde la puesta del sol del viernes a la del sábado. Ante la imposibilidad de lograr un acuerdo con la empresa, la persona en cuestión abandonó reiteradamente su trabajo en los días considerados festivos por su religión y, por ello, fue despedida.

Tras haber sido desestimadas sus peticiones por la jurisdicción laboral, la trabajadora recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional. En su demanda la recurrente alegó la vulneración del artículo 16.1 de la Constitución y de los artículos 9 y 14 del CEDH.

El Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado basándose, en primer lugar, en que los derechos fundamentales no pueden ser invocados por una de las partes para imponer a la otra las modificaciones que considere oportunas en un contrato laboral, libremente pactado y sin cláusulas lesivas de aquéllos⁹⁷.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional afirmó que, de acuerdo con el carácter dispositivo del artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores, el otorgamiento de un descanso semanal distinto al establecido con carácter general para la empresa sería factible, pero no cabe imponérselo al empresario⁹⁸.

⁹⁶ FJ 10.

⁹⁷ FJ 1.

⁹⁸ FJ 3.

Finalmente, el Tribunal Constitucional fundamentó su decisión en la consideración de que la norma general del descanso dominical no supone, en contra de lo alegado por la recurrente, una discriminación por razón de religión y no resulta, por tanto, contraria al artículo 14 de la Constitución. A juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento del domingo como día de descanso laboral semanal con carácter general no está basado en una motivación religiosa, pues ello sería contrario al carácter aconfesional del Estado, y por esto no supone un régimen favorable para unos creyentes y desfavorables para otros. Por el contrario, "el descanso semanal es una institución secular y laboral que si comprende el <<domingo>> como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición"⁹⁹.

4. La objeción de conciencia al estudio de la Educación para la Ciudadanía

Una de las principales novedades de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, ha sido la introducción de una nueva materia denominada Educación para la Ciudadanía que, con diferentes denominaciones, debe impartirse con carácter obligatorio en algunos cursos de la Educación Primaria, la Educación Secundaria Obligatoria y el Bachillerato. Esta materia no podrá considerarse como alternativa o sustitutoria de la enseñanza de la religión.

La implantación de la Educación para la Ciudadanía con carácter obligatorio ha suscitado una intensa y amplia polémica en diversos sectores sociales. Además, son muy numerosas las objeciones de conciencia presentadas por los padres para que sus hijos sean declarados exentos de cursar esta materia.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en diferentes sentencias¹⁰⁰.

Una primera cuestión abordada por el Tribunal Supremo es la del papel del Estado en materia educativa y su relación con los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

⁹⁹ FJ 4.

¹⁰⁰ Sentencia de 11 de febrero de 2009, Recurso n. 905/2008; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 948/2008; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 949/2008; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 1013/2008; 11 de marzo de 2009, Recurso n. 4668/2008; 25 de mayo de 2012, Recurso n. 3340/2011.

Para este Tribunal, en la actividad educativa del Estado, es preciso diferenciar entre los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional –contenidos en normas jurídicas vinculantes y representados sobre todo por los derechos fundamentales– y la explicación del pluralismo existente en la sociedad en sus diversas manifestaciones. En relación con los primeros, es constitucionalmente lícita su promoción para suscitar la adhesión a ellos, por lo que no cabe hablar aquí de adoctrinamiento. Respecto del segundo, los poderes públicos deben exponerlo de una manera rigurosamente objetiva, pues la neutralidad estatal permite en este punto informar pero no adoctrinar¹⁰¹.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo consideró que la Educación para la Ciudadanía es ajustada a Derecho y el deber de los alumnos de cursarla es, por tanto, jurídicamente válido¹⁰².

En tercer término, el Tribunal Supremo se refirió a la cuestión de si existe o no un derecho a la objeción de conciencia frente a la Educación para la Ciudadanía.

Según el criterio de este Tribunal, la Constitución no proclama un derecho a la objeción de conciencia con un alcance general. Asimismo, manifestó que la jurisprudencia española no ofrece una base suficiente para poder afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia con carácter general. Finalmente, en su opinión, tampoco es los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la jurisprudencia sobre ellos cabe hallar fundamentos para un derecho a la objeción de conciencia con alcance general¹⁰³.

Sin embargo, el Tribunal Supremo “no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surgetácitamente un derecho a quedar eximido de algún deber jurídico válido.

¹⁰¹ Sentencia de 11 de febrero de 2009, Recurso n. 905/2008, FD sexto; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 948/2008, FD sexto; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 949/2008, FD sexto; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 1013/2008, FD sexto; 11 de marzo de 2009, Recurso n. 4668/2008, FD quinto.

¹⁰² Sentencia de 11 de febrero de 2009, Recurso n. 905/2008, FD séptimo; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 948/2008, FD decimoquinto; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 949/2008, FD decimoquinto; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 1013/2008, FD decimoquinto; 11 de marzo de 2009, Recurso n. 4668/2008, FD séptimo; 25 de mayo de 2012, Recurso n. 3348/2011, FD cuarto.

¹⁰³ Sentencia de 11 de febrero de 2009, Recurso n. 905/2008, FD octavo.

Pero (*añade*) esas circunstancias verdaderamente excepcionales no han quedado acreditadas en el presente caso¹⁰⁴.

Descontada la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia, el Tribunal Supremo entendió que tampoco cabe sostener la existencia de un derecho de esta naturaleza en el concreto ámbito educativo, basándose en el artículo 27.3 de la Constitución.

En este punto, el Tribunal Supremo mencionó las sentencias del TEDH en el caso Zengin contra Turquía y Folgerø contra Noruega. En ellas, el Tribunal de Estrasburgo consideró que la enseñanza de la religión con carácter obligatorio, sin posibilidad de dispensa, vulneraba el art. 9 del CEDH. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó que estas sentencias pudieran tener incidencia en relación con el supuesto de la Educación para la Ciudadanía, porque se refieren a la enseñanza de la religión y no imponen al Estado el deber de reconocer la objeción de conciencia, sino la obligación de otorgar la dispensa¹⁰⁵.

Por ello, según el Tribunal Supremo, el artículo 27.3 de la Constitución “permite pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura obligatoria en tanto en cuanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral; pero no a pedir dispensas o exenciones”¹⁰⁶.

En cuarto y último lugar, las sentencias del Tribunal Supremo contienen unas admoniciones, que no son propiamente *obiter dicta*. Entre ellas, el Tribunal señala que, aunque la Educación para la Ciudadanía sea ajustada a Derecho y el deber jurídico de cursarla sea válido, ello “no autoriza a la Administración educativa –ni tampoco a los centros docentes, ni a los concretos profesores– a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidos”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Sentencia de 11 de febrero de 2009, Recurso n. 905/2008, FD octavo.

¹⁰⁵ Sentencia de 11 de febrero de 2009, Recurso n. 905/2008, FD noveno; 25 de mayo de 2012, Recurso n. 3348/2011, FD cuarto.

¹⁰⁶ Sentencia de 11 de febrero de 2009, Recurso n. 905/2008, FD noveno; 11 de marzo de 2009, Recurso n. 4668/2008, FD octavo.

¹⁰⁷ Sentencia de 11 de febrero de 2009, Recurso n. 905/2008, FD décimo; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 948/2008, FD decimoquinto; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 949/2008, FD decimoquinto; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 1013/2008, FD decimoquinto; 11 de marzo de 2009, Recurso n. 4668/2008, FD noveno.

LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Lucía Millán Moro

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pablo de Olavide. Cátedra "Jean Monnet" de Derecho Comunitario Europeo

1. INTRODUCCIÓN

La creación de las Comunidades Europeas en los años cincuenta se basó en una amplia atribución de competencias de los Estados miembros a las nuevas Organizaciones Internacionales, y por consiguiente, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros iban a compartir determinadas competencias, tanto materiales como normativas y ejecutivas. Este particular esquema de reparto de competencias, con añadidos, matizaciones e intentos de clarificación de las mismas, básicamente se mantiene después de todas las reformas¹ que experimentaron las Comunidades Europeas, y hoy ya la Unión Europea, y afecta de manera especial a la aplicación del Derecho de la UE.

Desde el comienzo del proceso de integración europea, estaba prevista la participación tanto de las Instituciones de la UE, como de los Estados miembros en la ejecución del Derecho de la UE. En lo que se refiere a las Instituciones, hasta la entrada en vigor en 2009 del Tratado de Lisboa, el Consejo, (según el párrafo tercero, introducido por el AUE, del desaparecido art. 202

¹ Sobre las competencias de la Unión Europea tras la última reforma, vid., DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: "El sistema competencial", en *Balance de los trabajos de la Convención Europea* (E. Alberti, dir.), ed. Tirant lo Blanch, Instituto de Estudios Autonómicos, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2004, pp. 203-264; HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J. "La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad", en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid 2008, p. 273 y ss.

TCE, [ex art. 145 TCE]), podía delegar las facultades de ejecución en la Comisión (en el también desaparecido art. 211 TCE, [ex art. 155 TCE]) y a partir de 2006 el Parlamento europeo² también gozaba de ciertas competencias de control sobre la ejecución. En el régimen actualmente vigente, a la Comisión se le reconoce en el Art. 17 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) que “...Ejercerá asimismo funciones de coordinación, ejecución y gestión, de conformidad con las condiciones establecidas en los Tratados...”, así como en el art. 291 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), “Cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en los artículos 24 y 26 del Tratado de la Unión Europea, al Consejo”. Es decir, la competencia general de ejecución, sobre todo normativa, corresponderá a la Comisión, salvo en la Política Exterior y de Seguridad Común (en adelante PESC) o en casos específicos que la mantendrá el Consejo.

En cuanto a los Estados miembros su participación en la ejecución del Derecho de la UE, estaba contemplada de manera indirecta desde los primeros tiempos, y se establecía, desde el primer momento, la obligación general de los Estados miembros de cooperar con las Instituciones de la UE para la realización de los fines previstos en los Tratados comunitarios. Estas obligaciones se mantienen hoy en el art. 4 TUE, apartado 3 (ex 10 TCE y ex 5 TCEE)³ como

² Decisión 2006/512/CE del Consejo, de 17 de julio de 2006, que modifica la Decisión 1999/468/CE por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, DOUE L 200, de 22 de julio de 2006, p. 11; Acuerdo entre el Parlamento Europeo y la Comisión relativo a las modalidades de la aplicación de la Decisión 1999/468/CE del Consejo por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, modificada por la Decisión 2006/512/CE, DOUE C 143, 10 de junio de 2008, p. 1.

³ El Tribunal de Justicia ha ido concretando los distintos aspectos de esta obligación de cooperación de los Estados miembros con las Instituciones de la UE. En su más reciente jurisprudencia cabe destacar en relación con el antiguo art. 10 CE las siguientes, sentencia de 4 de marzo de 2010, Comisión / Irlanda, C-221/08, Rec. 2010, p. I-1669; sentencia de 20 de abril de 2010, Comisión / Suecia, C-246/07, Rec. 2010, p. I-3317; sentencia de 22 de diciembre de 2010, Comisión / Italia, C-304/09, Rec. 2010, p. I-13903; sentencia de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics UK, C-18/11, aún no publicada en la Recopilación, y en relación con el ya Art. 4 par.3 TUE, sentencia de 22 de diciembre de 2010, Comisión / Eslovaquia, C-507/08, Rec. 2010, p. I-13489; sentencia de 4 de octubre de 2012, Byankov, C-249/11, aún no publicada en la Recopilación; sentencia de 18 de octubre de 2012, Comisión / Reino Unido, C-301/10, aún no publicada en la Recopilación

el principio de cooperación leal⁴, y a partir del Tratado de Lisboa se concreta y se formula expresamente, por primera vez, en el art. 291 apartado 1 TFUE al afirmar “*Los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión*”.

Esta obligación de cooperación se formula en el Tratado en una doble vertiente, positiva, en el sentido de afirmar la necesidad de que los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Tratado o de los actos de las Instituciones⁵, y negativa, en el sentido de que se abstendrán de adoptar medidas que pudieran poner en peligro los objetivos comunitarios (hoy de la UE)⁶. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) ha afirmado en reiterada jurisprudencia⁷, en relación con los antiguos art. 5 TCEE y 10 TCE (hoy

⁴ MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos 7ª ed., Madrid 2012, p. 417 y 471.

⁵ Como recientemente ha afirmado el Tribunal, en su sentencia de 4 de octubre de 2012, C-403/11, Comisión/España, aun no publicada en la Recopilación, “...No obstante, los Estados miembros están obligados, en virtud del artículo 4 TUE, apartado 3, a facilitar a la Comisión el cumplimiento de su misión, que consiste, en particular, según el artículo 17 TUE, apartado 1, en velar por la aplicación de las disposiciones de los Tratados, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de éstos...”, reiterando su jurisprudencia anterior, sentencia de 25 de mayo de 1982, Comisión/Países Bajos, 96/81, Rec. p. 1791; sentencia de 12 de septiembre de 2000, Comisión/Países Bajos, C-408/97, Rec. p. I-6417.

⁶ En concreto, y en relación con la transposición de las directivas comunitarias, conviene recordar, en este sentido, la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que señala que “...si bien los Estados miembros no están obligados a adoptar las medidas de adaptación de su Derecho interno antes de expirar el plazo previsto al efecto, de la aplicación del artículo 10 CE párrafo segundo (hoy art. 4-3 TFUE), en relación con el artículo 249 CE, párrafo tercero, (hoy art. 288-3 TFUE) así como de la propia Directiva, se deduce que durante dicho plazo deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva”. Vid., entre otras, sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Rec. p. I-7411; sentencia de 5 febrero de 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02, Rec. 2004 p. I-1477; sentencia de 10 de noviembre de 2005, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-316/04, Rec. 2005 p. I-9759; sentencia de 14 de septiembre de 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-138/05, Rec. 2006 p. I-8339; sentencia de 26 de mayo de 2011, Stichting Natuur en Milieu y otros, C-165/09 a C-167/09, aún no publicada en la Recopilación; Sentencia de 11 septiembre 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias e.a., C-43/10, aún no publicada en la Recopilación.

⁷ Entre otras, vid, sentencia de 17 de diciembre de 1970, 30/70, Scheer, Rec. 1970, p. 1197; sentencia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839; sentencia de 29 de abril de 1999, Cióla, C-224/97, Rec. p. I-2517; sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325; sentencia de 4 de marzo de 1999, HI, C-258/97, Rec. p. I-1405, apartado 25; sentencia de 4 de octubre de 2001, C-438/99, Jiménez Melgar/Ayuntamiento de Los Barrios,

art. 4 apartado 3 TUE), que los Estados miembros están obligados a tomar todas las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para conseguir el pleno efecto de las normas comunitarias, hoy de las normas de la UE. Y la inactividad de un Estado cuando debe adoptar medidas de aplicación del Derecho de la UE constituye un incumplimiento en el sentido del art. 258 TFUE, como también señaló ya el Tribunal de Justicia en 1970⁸.

El Tratado de Lisboa ha añadido el nuevo art. 197 TFUE⁹ que en su primer apartado afirma “*La aplicación efectiva del Derecho de la Unión por los Estados miembros, que es esencial para el buen funcionamiento de la Unión, se considerará asunto de interés común*”, para continuar señalando que la Unión podrá respaldar los esfuerzos de los Estados miembros por mejorar su capacidad administrativa para aplicar el Derecho de la Unión y concretando esta posibilidad en el intercambio de información y funcionarios, así como en el apoyo de programas de formación. De momento la aplicación de este artículo se limita a dos propuestas de reglamentos¹⁰, en proceso de elaboración, que habrá que comprobar si finalmente, entre otras bases jurídicas, recogen también al art. 197 TFUE cuando sean definitivamente adoptados.

La aplicación del Derecho de la UE en los Estados miembros se rige además por otro principio importante, además del de colaboración de los Estados miembros, que es el de autonomía institucional y procedimental. El Derecho de la UE no determina qué instituciones de los Estados deben aplicarlo, ni

Rec. 2001, p. I-6915; sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835; sentencia de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, Rec. 2008 p. I-2483; sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, Rec. 2010 p. I-14031; sentencia de 15 de septiembre de 2011, C-53/10, Franz Mücksch, C-53/10, aún no publicada en la Recopilación; sentencia de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics UK, C-18/11, aún no publicada en la Recopilación.

⁸ Sentencia de 17 de febrero de 1970, 31/69, Comisión/Italia, Rec. 1970, p. 34.

⁹ Sobre la interpretación de una “aplicación efectiva” del Derecho de la UE contenida en el citado art. 197 TFUE, vid. NICOLAIDES, P. y GEILMANN, M., “What is Effective Implementation of EU Law?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, Vol.: 19-3, p. 383 y ss.

¹⁰ Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Programa de Derechos y Ciudadanía para el periodo 2014 a 2020, COM(2011) 758 final, y Propuesta modificada de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece para el periodo 2014-2020 un programa de acción para el sector fiscal de la Unión Europea (Fiscalis 2020) y por el que se deroga la Decisión nº 1482/2007/CE, COM/2012/0465 final.

los procedimientos para realizarlo¹¹. Eso dependerá de la estructura interna de cada Estado miembro, y concretamente del reparto constitucional de poderes en cada Estado, como el Tribunal de Justicia no ha dejado de señalar¹².

Desde el punto de vista de las Instituciones de la UE, lo importante es el cumplimiento del Derecho de la UE, pero respetando el ordenamiento interno y las peculiaridades de cada Estado miembro. En la actual Unión Europea coexisten Estados de muy diferente estructura interna, y esa diversidad no supone un problema para la aplicación del Derecho de la UE, aunque desde luego tiene trascendencia a la hora de su aplicación. El Tribunal de Justicia también ha reconocido en su jurisprudencia que el reparto interno de competencias es asunto de cada Estado¹³, como también lo es decidir el tipo de norma nacional que se debe aplicar, en función de sus distintos procedimientos normativos¹⁴.

Sin embargo este principio de la autonomía institucional y procedimental viene modulado por un tercer principio que afirma igualmente el TJUE en su jurisprudencia: el de la efectividad del Derecho de la UE. Los Estados miembros deben, al aplicar este derecho, respetar la eficacia directa y la primacía del mismo, que llevan a una aplicación uniforme del Derecho de la UE¹⁵.

En un Estado autonómico, por tanto, la aplicación del Derecho de la UE deberá realizarse respetando el reparto de competencias que establezca la Constitución, entre los poderes centrales y descentralizados del Estado¹⁶.

¹¹ MANGASMARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ...*, Op. cit., p. 417 y 472.

¹² Entre otras muchas, vid., sentencia de 11 de febrero de 1971, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor / Hauptzollamt Hamburg St Annen, 39/70, Rec. 1971, p. 49; sentencia de 15 de diciembre de 1971, International Fruit Company e.a. / Produktschap voor Groenten en fruit, 51 a 54/71, Rec. 1971, p. 1107; sentencia de 6 de junio de 1972, Schlüter & Maack / Hauptzollamt Hamburg Jon 94/71, Rec. 1972, p. 307; sentencia de 11 de diciembre de 1973, Lorenz GmbH / Bundesrepublik Deutschland e.a., 120/73, Rec. 1973, p. 1471; sentencia de 21 de septiembre de 1983, Deutsche Milchkontor GmbH, 205 a 215/82, Rec. 1983, p. 2633; sentencia de 25 de marzo de 2004, Cooperativa Lattepiù, C-231/00, C-303/00 y C-451/00, Rec. 2004, p. I-2869; sentencia de 25 de marzo de 2004, Azienda Agricola Giorgio, Giovanni y Luciano Visentin e.a., C-495/00, Rec. 2004, p. I-2993; sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, aún no publicada en la Recopilación.

¹³ Sentencia de 25 de mayo de 1982, 97/81, Comisión/Países Bajos, Rec. 1982, p. 1833

¹⁴ Sentencia de 11 de febrero de 1971, 39/70, Fleischkontor, Rec. 1971, p. 49.

¹⁵ Sentencia de 6 de junio de 1972, 94/71, Schüter, Rec. 1972, p. 307; Sentencia de 21 de septiembre de 1983, 205 a 215/82, Deutsche Milchkontor, Rec. 1983, p. 2633.

¹⁶ Sobre la erosión de las competencias de las Comunidades Autónomas por la pertenencia de España a la UE, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Comunidades Autónomas y

La aplicación del Derecho de la UE¹⁷, desde el punto de vista de este Derecho, puede llevar a dos tipos de actuaciones diferentes en los ordenamientos jurídicos nacionales: en algunos casos las disposiciones del Derecho de la UE requieren la aportación de complementos normativos, bien por las propias Instituciones de la UE, bien por los Estados miembros, en otros casos, las disposiciones del Derecho de la UE sólo requieren una ejecución administrativa. Evidentemente, según el tipo de ejecución que se requiera participarán distintos poderes nacionales.

2. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UE

A) La ejecución normativa

Se analizará en primer lugar la ejecución normativa del Derecho de la UE, pero habrá que tener distintos elementos en cuenta antes de proceder a la misma, ya que en el caso de España se trata de un Estado autonómico.

En primer lugar habrá que analizar la distribución de competencias entre los poderes centrales del Estado y los autonómicos, no sólo desde el punto de vista de las materias transferidas, sino también el grado o la intensidad de la competencia transferida en cada caso¹⁸.

En segundo lugar habrá que considerar las disposiciones de Derecho de la UE que deben ser aplicadas, pues en función del tipo de disposición que sea, variarán las medidas nacionales requeridas

Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado Autonómico sin reforma de la Constitución", *Civitas Revista española de derecho europeo*, n.º 33, 2010, p. 48.

¹⁷ ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La ejecución del derecho comunitario europeo en España*, Cívitas, Madrid, 1994. Y los dos Informes del Consejo de Estado español, *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008, e *Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, de 15 de diciembre de 2010, ambos disponibles en <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>

¹⁸ Sobre la aplicación del Derecho de la UE por las Comunidades Autónomas, vid., MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones ...*, Op. cit., p. 493 y ss. También los ya citados Informes del Consejo de Estado español, *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008, e *Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, de 15 de diciembre de 2010, ambos disponibles en <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>

Y por último, habrá también que tener en cuenta la situación de la legislación nacional (y autonómica en este caso) en relación con la disposición concreta de Derecho de la UE que se quiere aplicar: puede que no haya legislación nacional en esa materia, que sea incompleta, o bien contradictoria total o parcialmente con la de Derecho de la UE. Las obligaciones concretas del Estado en cada caso dependen de la situación en que se encuentre su derecho interno.

Antes de entrar a analizar cada uno de estos elementos hay que señalar que la aplicación interna del Derecho de la UE tiene su fundamento en el art. 93 de la Constitución española, que lo regula de manera incompleta y poco clara¹⁹, pues no menciona ni al poder judicial ni a las Comunidades Autónomas²⁰ en el proceso de aplicación del Derecho de la UE, y tanto uno como otras están llamados a hacerlo en sus respectivos ámbitos competenciales.

Pero establecido que el art. 93 CE, constituye la base para la aplicación del Derecho de la UE en España, habrá que ver en qué medida afecta a la distribución de competencias entre los poderes centrales y autonómicos. A primera vista parece que no debe afectarlos, y que cada uno debe aplicar el Derecho de la UE en sus respectivos ámbitos competenciales. Pero esta percepción es engañosa, pues si bien no afecta al reparto de competencias en cuanto a materias se refiere, sí puede hacerlo en cuanto al grado o la intensidad de intervención de cada uno, que puede ser sustituida por la competencia de la UE²¹.

a.1. *La distribución de competencias entre los poderes centrales del Estado y los poderes autonómicos*

En el caso del Estatuto de Autonomía para Andalucía²², que se tomará como referencia, ante la cantidad y variedad de Estatutos autonómicos en el Estado español²³, se trata de un Estatuto con techo competencial alto para

¹⁹ MANGASMARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones ...*, Op. cit., p. 472 y 473.

²⁰ Sobre la necesidad de reforma del mismo para incluirlas, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Comunidades Autónomas y Unión Europea ...", Op. cit., p. 65.

²¹ Sobre la erosión de las competencias de las Comunidades Autónomas por la pertenencia de España a la UE, el ya citado MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Comunidades Autónomas y Unión Europea ...", Op. cit., p. 48.

²² BOE, n.º 68 de 20 de marzo de 2007, p. 11871; BOJA n.º 56 Sevilla, 20 de marzo 2007, p. 2.

²³ Sobre la participación de las Comunidades Autónomas Españolas en los procesos decisorios de la UE vid., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Comunidades Autónomas y Unión

la Comunidad Autónoma, y contiene a su vez un artículo, el 240-(4, que de manera expresa afirma de manera general la competencia de la Comunidad Autónoma, para adoptar las medidas necesarias para la ejecución de los Tratados y Convenios internacionales en lo que afecten a las materias atribuidas a su competencia, según el Estatuto. Además, en su reforma de 2007, se añadió el art. 235 referido al Desarrollo y aplicación del derecho de la Unión Europea. “1. La Junta de Andalucía desarrolla y ejecuta el derecho de la Unión Europea en las materias de su competencia, de acuerdo con lo que establezca una ley del Parlamento de Andalucía²⁴. 2. En el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la Junta de Andalucía podrá adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas. En definitiva, la obligación de aplicar el Derecho de la UE deriva de la adhesión de España en su día a las Comunidades Europeas, y por lo tanto son las obligaciones derivadas de los Tratados constitutivos de las mismas. Para Andalucía, la obligación deriva tanto del art. 93 CE como del art. 240-(4 de su Estatuto de Autonomía”.

Atendiendo a la atribución de competencias regulada en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su art. 42 se establece la clasificación de las competencias en “...competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas sobre las materias incluidas en el presente Título, que ejercerá respetando lo dispuesto en la Constitución y en el presente Estatuto”, a las que se añade un párrafo 4º en el que expresamente se contemplan “Competencias en relación con la aplicación del derecho comunitario, que comprenden el desarrollo y la ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma”.

Dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía, según establece el art. 106 del Estatuto de Autonomía, el Parlamento ejerce la potestad legislativa, mientras que la potestad reglamentaria, según el art. 119, corresponde al Consejo de Gobierno.

Europea: hacia una mejora de la participación directa de las Comunidades Autónomas en el proceso decisorio comunitario”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 22, 2005, p. 759 y ss; DE CASTRO RUANO, J.L., *La emergente participación política de las regiones en el proceso de construcción europea*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1994.

²⁴ Sobre las dificultades de interpretación de la adopción de una ley en el Parlamento de Andalucía para esto, vid., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Comunidades Autónomas y Unión Europea ...”, *Op. cit.*, p. 77.

La reserva de ley establecida en el Estatuto no impedirá la actividad reglamentaria posterior del Consejo de Gobierno para desarrollar, si fuera necesario, la legislación autonómica. Dependerá de las materias y de su atribución a Andalucía, la participación del Parlamento Andaluz, la colaboración del Consejo de Gobierno, o la actuación únicamente de este último.

Pero la actuación de estas Instituciones dependerá también de la naturaleza de la medida a adoptar, y en este caso es muchas veces determinante el tipo de disposición del derecho de la UE que se vaya a aplicar. Habrá que ver por tanto, los distintos tipos de disposiciones de Derecho de la UE que el Estado miembro tiene que aplicar.

a.2. Las disposiciones de Derecho de la UE que deben ser aplicadas por el Estado miembro

Dentro del ordenamiento jurídico de la UE los Tratados constitutivos y todos los instrumentos posteriores de reforma, constituyen lo que se denomina el Derecho originario. Serán por consiguiente, los primeros en ser considerados a la hora de ser aplicados por el Estado miembro.

Para un Estado miembro no fundador, como es el caso de España, las obligaciones derivadas de los Tratados constitutivos se generaron a partir del momento de la adhesión española a los mismos. España y Portugal firmaron el Tratado de Adhesión el 12 de junio de 1985, pero entró en vigor el 1 de enero de 1986²⁵, en cuya fecha, además, se publicaron en el BOE no sólo el Tratado de Adhesión sino todos los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

Con posterioridad a la adhesión española los Tratados constitutivos han experimentado diferentes reformas, el Acta Única Europea en 1986, el Tratado de la Unión Europea en 1992, el Tratado de Ámsterdam de 1997, el Tratado de Niza de 2001 y la más reciente, el Tratado de Lisboa de 2007. Todos estos Tratados internacionales desde el momento de su entrada en vigor son aplicables en el ordenamiento español y generan derechos y obligaciones tanto para las Instituciones del Estado como para los particulares.

²⁵ BOE n° 1 de 1 enero 1986, p.3 y ss.

En determinados casos, algunos de los artículos de los Tratados constitutivos, contenían ya desde el comienzo obligaciones concretas para los Estados miembros, como era el art. 157 TFUE (*principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras*, ex 141 TCE y ex 119 TCEE) y en esos casos los Estados miembros tenían la obligación de aplicar esos artículos y adaptar su derecho interno a las obligaciones derivadas de los Tratados, tanto de los constitutivos como de los Tratados posteriores de reforma de los mismos.

Esas obligaciones no se agotaron en el momento de la adhesión española, sino que muchas de ellas se mantienen y vinculan de manera permanente al Estado, que debe aplicarlas de manera continuada. Por ejemplo, el principio de no discriminación por nacionalidad del art. 18 TFUE o el principio de igualdad de trato del ciudadano de la Unión Europea con el nacional, que entre otros, se contiene en el art. 49 TFUE referido a la libertad de establecimiento, son principios que generan la obligación permanente para el Estado miembro de aplicarlos en todo momento en su ordenamiento interno, tanto a nivel nacional como autonómico.

La legislación nacional o autonómica deberá, por tanto, en las materias de sus respectivas competencias, respetar siempre estos principios y no establecer en ningún ámbito la discriminación por nacionalidad, y de manera positiva, establecer las mismas condiciones para los nacionales que para el resto de los ciudadanos de la Unión Europea. De no respetarse estas obligaciones, aunque fuera en una sola Comunidad Autónoma, España estaría incumpliendo el Derecho de la UE y se estaría generando su responsabilidad por ese incumplimiento²⁶.

El reparto de competencias entre instituciones nacionales y autonómicas dependerá en cada caso del Estatuto de Autonomía de cada Comunidad Autónoma. En el caso concreto de Andalucía, en todas las materias que son de su competencia exclusiva, está obligada a aplicar en su normativa autonómica todas las obligaciones derivadas de los Tratados de la UE, principios de no discriminación por sexo referido a determinadas materias, las libertades de

²⁶ Sobre la falta de previsión en la Constitución Española, de la posibilidad de repercutir la sanción del Tribunal de Justicia de la UE en la Comunidad Autónoma, que con su incumplimiento genere una sanción económica para España, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Comunidades Autónomas y Unión Europea ...", Op. cit., p. 81. En este sentido también se manifiesta el Consejo de Estado Español en su *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008, disponible en, <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>

la UE, etc. cada vez que elabore una norma, legal o reglamentaria, que tenga relación con estos principios.

Después del Derecho de la UE originario conviene analizar las disposiciones del denominado Derecho derivado, fundamentalmente reglamentos, directivas y decisiones, pues los otros actos “típicos” definidos en el art. 288 TFUE (ex 249 TCE y ex art. 189 TCEE) no son obligatorios y no requerirán ejecución normativa.

Los reglamentos, por su definición, como actos obligatorios, de alcance general y directamente aplicables en cada Estado miembro, podría parecer que no requieren ningún complemento normativo. Pero conviene no olvidar que es el único acto de estas características de que disponen las Instituciones de la UE y que no siempre están en disposición, ni conviene, regular de manera detallada cada materia en un reglamento de la UE, a pesar de las novedades de los reglamentos de ejecución y delegados, introducidos por el Tratado de Lisboa.

En consecuencia, las Instituciones de la UE adoptaron desde los primeros años de creación de las Comunidades una práctica que distinguía dos tipos de reglamentos: los denominados “reglamentos de base”, que sólo contenían los principios básicos y muchas veces la organización de determinadas estructuras en un sector, y que por ese mismo contenido necesitaban posteriores reglamentos (denominados reglamentos de ejecución), u otros actos de derecho derivado, que los completaran para poder ser aplicados. Esta práctica y esta necesidad de distinguir los tipos de actos han sido finalmente reconocidas en el Tratado de Lisboa²⁷, que distingue entre actos legislativos art. 289 TFUE, actos delegados art. 290 TFUE y actos de ejecución art. 291 TFUE.

En relación con los antiguos reglamentos de ejecución, y con esta posibilidad de aportar complementos normativos a un determinado reglamento ya

²⁷ Sobre el ordenamiento jurídico en el Tratado de Lisboa, los cambios experimentados y las novedades aportadas, vid. GARZÓN CLARIANA, G., “Los actos delegados en el sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 37, 2010, p. 723 y ss; MANGAS MARTÍN, A., “Algunos aspectos del Derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía”, *Revista General de Derecho Europeo*, 18, 2009, p. 5 y ss, y MILLÁN MORO, L., “El ordenamiento jurídico comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 36, 2010, p. 1 y ss, y “El ordenamiento jurídico en el Tratado de Lisboa”, en *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 1671 y ss.

afirmó de manera expresa su posibilidad el TJUE, en la sentencia Eridania de 1979²⁸, al señalar que la aplicabilidad directa de los reglamentos no impedía que su texto habilitara a una Institución o a un Estado miembro a tomar medidas de aplicación.

Diferente es la cuestión de la aplicabilidad directa de los reglamentos de la UE, que se refiere no a los complementos normativos, que el propio reglamento pudiera necesitar, como señalaba el TJUE en la sentencia Eridania, sino a las medidas nacionales de recepción, que al ser el reglamento un acto por definición directamente aplicable no sólo no necesita sino que están expresamente prohibidas por el Derecho de la UE, como también tuvo ocasión de afirmar el TJUE en las sentencias de 7 de febrero de 1973²⁹, Comisión/Italia, y de 10 de octubre de 1973³⁰, Variola, ya clásicas, donde definió las prácticas italianas de “recibir” mediante Decretos los reglamentos comunitarios como contrarias al Tratado³¹.

De todo ello se desprende que el Estado miembro no puede adoptar ninguna medida nacional de recepción de los reglamentos de la UE, pero que en cambio nada impide que el propio reglamento habilite al Estado miembro (o a las Instituciones de la UE) para adoptar complementos normativos del mismo si se estimaren necesarios.

En el caso antes mencionado, que sea el propio reglamento el que habilite al Estado miembro a aportar complementos normativos, este tendrá la obligación de hacerlo. Esa obligación puede derivar directamente del reglamento, porque así lo estipule de manera expresa³², o puede estar implícita en el mismo, y entonces se aplicaría la obligación de colaboración de los Estados miembros en virtud de art. 4 TUE, apartado 3, que al establecer dicha obligación la refiere a la necesidad de adoptar todas las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los actos de las Instituciones de la Unión (y también del Tratado)³³

²⁸ Sentencia de 27 de septiembre de 1979, 230/78, Eridania, Rec. 1979, p. 2749.

²⁹ Sentencia de 7 de febrero de 1973, 39/72, Comisión/Italia, Rec. 1973, p. 101.

³⁰ Sentencia de 10 de octubre de 1973, 34/73, Variola, Rec. 1973, p. 981.

³¹ Lo volvió a reiterar en sentencia de 2 de febrero de 1977, Amsterdam Bulb BV, 50/76, Rec. 1977 p. 137; sentencia de 31 de enero de 1978, Zerbone, 94/77, Rec. 1978, p. 99; sentencia de 30 de noviembre de 1978, Bussone, 31/78, Rec. 1978, p. 2429.

³² Sentencia de 30 de noviembre de 1978, 31/78, Bussone, Rec. 1978, p. 2429.

³³ Sentencia de 17 de diciembre de 1970, 30/70, Scheer, Rec. 1970, p. 1197.

La tercera categoría de disposiciones de Derecho de la UE que suele requerir complementos normativos es la de las directivas de la UE. A diferencia de los reglamentos, por su propia definición, las directivas de la UE si requerirán normalmente complementos normativos por parte de los Estados miembros, aunque claro está, dependiendo de la situación concreta de la legislación nacional en cada uno de ellos.

Las directivas se definen como actos que obligan a los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. En esta definición de las directivas hay que entender que el destinatario formal de las mismas es el Estado³⁴, y por consiguiente todas las instituciones del mismo, centrales o autonómicas, están igualmente obligadas, cada una en el marco de sus competencias, a conseguir el resultado fijado en la misma.

La colaboración de las autoridades nacionales para su aplicación, en el caso de las directivas, nunca es excepcional sino, por el contrario, la regla general. El Estado miembro deberá adaptar su legislación interna a los objetivos marcados en la directiva, y por muy detallada que esta sea (como lo fueron durante muchos años en los sectores técnicos e industriales) requerirá su transposición al derecho nacional, aunque excepcionalmente el Estado puede tener su Derecho interno ya conforme con las obligaciones que fija la directiva.

Además, a partir de la década de los noventa, las directivas de la UE suelen incluir una cláusula que establece la obligación para los Estados miembros de incluir una referencia expresa a la directiva de la UE en su legislación nacional de aplicación, por lo que en todo caso, subsistiría esa obligación para los Estados, que supone una mayor seguridad y garantía para los particulares, que conocen así el origen en el derecho de la UE de la legislación nacional que se les aplique.

La elección de la forma y de los medios, que según la definición que de la directiva da el art. 288 TFUE, se deja a la elección de las autoridades nacionales, no supone una libertad total de las mismas, como en un principio pudiera

³⁴Sobre los distintos tipos de obligaciones que contienen las directivas y sus destinatarios, vid. MILLÁN MORO, L., "El principio del efecto directo: evolución según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo IV Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea*, CEU Instituto Universitario de Estudios Europeos, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid 2011, p. 487 y ss.

parecer, ya que las precisiones de la jurisprudencia comunitaria en torno a las obligaciones de los Estados miembros derivadas de las directivas comunitarias, han ido limitando esta aparente libertad.

En primer lugar, al marcar un objetivo que debe alcanzarse, las directivas fijan, como norma general, un plazo determinado a los Estados miembros para su aplicación, es decir, para conseguir ese objetivo. El plazo es variable (y se cuenta a partir de la entrada en vigor de la directiva) y lo fija cada directiva. Puede ir, de modo indicativo, desde seis meses a dos años, pero las Instituciones de la UE son libres de establecer el plazo que estimen conveniente en cada caso. Pero ese plazo, como el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de señalar en 1976³⁵, Comisión/Italia es obligatorio para los Estados miembros, y si no lo respetan incurren en incumplimiento del Derecho de la UE.

También en 1976 en la sentencia Royer³⁶, el TJUE afirmaba que a pesar de esa libertad de elección de los medios (que no de los plazos), las autoridades nacionales deben tener en cuenta los más adecuados para asegurar el “efecto útil” de las disposiciones en cuestión, con lo que el margen discrecional de que dispone el Estado miembro se va reduciendo progresivamente.

Pero será en 1980 cuando el Tribunal en su sentencia Comisión/Bélgica, que reiterará en 1986 en Comisión/Italia y en 1996 en Comisión/Alemania³⁷, acabe de reducir el margen de apreciación de los Estados miembros en cuanto a la elección de la forma y de los medios, al afirmar que del conjunto de las disposiciones y de la naturaleza de las medidas que imponen resulta que las Directivas controvertidas están destinadas a traducirse en normas internas con el mismo rango jurídico que las que en los Estados miembros regulen la materia contemplada en las directivas. Y, tras haber previamente afirmado que un Estado miembro no puede alegar dificultades internas o disposiciones de su ordenamiento jurídico nacional, ni siquiera constitucional³⁸, para justificar la

³⁵ Sentencia de 26 de febrero de 1976, 48/75, Comisión/Italia, Rec. 1976, p. 277.

³⁶ Sentencia de 8 de abril de 1976, 48/75, Royer, Rec. 1976, p. 497.

³⁷ Sentencia de 6 de mayo de 1980, 102/79, Comisión/Bélgica, Rec. 1980, p. 1473; sentencia de 15 de octubre de 1986, 168/85, Comisión/Italia, Rec. 1986, p. 2495; sentencia de 2 de mayo de 1996, C-253/95, Comisión/República Federal de Alemania, Rec. 1996, p. 2425.

³⁸ Esta interpretación objetiva por parte del Tribunal de Justicia de los hechos y circunstancias que generan el incumplimiento del Estado miembro, le llevó a afirmar en su sentencia de 28 de abril de 2005, C-31/04, Comisión/España, no publicada en la Recopilación, en su fundamento jurídico 12 que “...El Gobierno español no puede, por tanto, invocar válidamente las consecuencias de la disolución de las Cortes Generales para justificar la no adaptación del Derecho interno a la Directiva

inobservancia de las obligaciones y plazos que resultan de las Directivas comunitarias (hoy de la UE)³⁹, el Tribunal continuará explicando su jurisprudencia en virtud de las exigencias de claridad y seguridad jurídica, para terminar señalando que simples prácticas administrativas, modificables a voluntad de la Administración y desprovistas de la adecuada publicidad no constituyen una aplicación correcta de las directivas, y en consecuencia, de la obligación derivada del art. 189 TCE [*actual art. 288 TFUE*] para los Estados miembros destinatarios de las directivas⁴⁰.

En aplicación de esta jurisprudencia los Estados miembros (instituciones centrales y autonómicas) deben aplicar las directivas adoptado las medidas más adecuadas para conseguir el "efecto útil" de las mismas, y adoptando una legislación al menos del mismo rango que la que pudiera existir en el mismo y se viera afectada por la adopción de la directiva.

Posición similar a las directivas tienen las decisiones dirigidas a los Estados miembros, imponiéndoles obligaciones que deben trasladar a su ordenamiento interno, por lo que no se hará un examen diferenciado de éstas, ya que la

2001/29 al final del plazo señalado en el dictamen motivado". El Tribunal no hacía más que reiterar la jurisprudencia sentada ya en su sentencia de 12 de febrero de 1998, Comisión/Francia, C-144/97, Rec. 1998 p. I-613, donde había declarado el incumplimiento de Francia por disolución anticipada de la Asamblea Nacional francesa.

³⁹ Jurisprudencia esta que el Tribunal de Justicia de la UE reitera en numerosas sentencias. Entre otras vid. Sentencia de 15 de diciembre de 1982, 160/82, Comisión / Países Bajos, Rec. 1982, p. 4637; sentencia de 15 de marzo de 1983, 145/82, Comisión / Italia, Rec. 1983, p. 711; sentencia de 3 de marzo de 1988, 116/86, Comisión / Italia, Rec. 1988, p. 1323; sentencia de 8 de marzo de 2001, Comisión/Portugal, C-276/98, Rec. p. I-1699; sentencia de 9 de septiembre de 2004, Comisión/España, C-195/02, Rec. p. I-7857; sentencia de 28 de abril de 2005, C-31/04, Comisión/España, no publicada en la Recopilación; sentencia de 13 de julio de 2006, Comisión/Portugal, C-61/05, Rec. p. I-6779; sentencia de 18 de julio de 2006, Comisión/Italia, C-119/04, Rec. p. I-6885; sentencia de 10 de mayo de 2007, Comisión/Austria, C-508/04, Rec. p. I-3787; sentencia de 15 de noviembre de 2007, Comisión/España, C-59/07, 2007, p. I-00161; sentencia de 4 de octubre de 2012, C-403/11, Comisión/España, aun no publicada en la jurisprudencia.

⁴⁰ Jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de la UE repite en numerosas sentencias. Entre otras vid. Sentencia de 15 de diciembre de 1982, 160/82, Comisión / Países Bajos, Rec. 1982, p. 4637; sentencia de 15 de marzo de 1983, 145/82, Comisión / Italia, Rec. 1983, p. 711; sentencia de 15 de octubre de 1986, Comisión/Italia, 168/85, Rec. 1986, p. 2945; sentencia de 3 de marzo de 1988, 116/86, Comisión/Italia, Rec. 1988, p. 1323; sentencia de 30 de mayo de 1991, Comisión/Alemania, C-361/88, Rec. 1991, p. I-2567; sentencia de 7 de noviembre de 1996, Comisión/Luxemburgo, C-221/94, Rec. 1996, p. I-5669; sentencia de 18 de enero de 2001, Comisión/Italia, C-162/99, Rec. 2001, p. I-541; sentencia de 10 de mayo de 2007, Comisión/Austria, C-508/04, Rec. p. I-3787.

única diferencia con las directivas consiste en que en el caso de las decisiones, el Estado miembro destinatario no goza del margen discrecional de aplicación que tiene con las directivas.

Esto plantea la aplicación de las disposiciones de Derecho de la UE y la relación con el derecho nacional existente, pues las obligaciones concretas de los Estados varían en función de la situación que se encuentre su ordenamiento jurídico respecto a la disposición de Derecho de la UE a aplicar.

a.3. La situación de la legislación nacional (central y autonómica) en relación con el Derecho de la UE

Las obligaciones del Estado para la aplicación del Derecho de la UE varían en función de la situación interna de su legislación, y se irán examinando las distintas posibilidades.

En primer lugar puede ocurrir que el Estado carezca de normativa nacional en la materia en que se adopta la disposición de Derecho de la UE, o que deba aplicar alguna disposición de los Tratados constitutivos o de sus posteriores reformas.

En el caso de que se trate de nueva normativa, estatal o autonómica, se deberán respetar siempre, en cualquier materia afectada por los Tratados de la UE, las obligaciones que derivan para los Estados, como las distintas manifestaciones del principio de no discriminación y las libertades comunitarias, y los derechos contemplados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE desde 2009, aunque no se trate de una normativa específica de desarrollo de las disposiciones del Tratado.

Si se trata, en cambio, de la aplicación de un reglamento de la UE, depende de lo que éste establezca. Si necesita desarrollo normativo, y trata sobre materias que son de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, deberá intervenir el legislativo autonómico (también podrían adoptarse de manera complementaria reglamentos autonómicos) y si se considera que la reserva de ley queda cubierta por el propio reglamento de la UE, podría aplicarse mediante un reglamento autonómico.

En el caso de las directivas lo más frecuente será que requiera complementos normativos, aunque si el Estado miembro tiene adaptada su legislación a los

objetivos marcados en la directiva no tendría que hacerlo. Pero se parte de la hipótesis de que el Estado miembro carece de normativa en la materia. Y en todo caso, como el Tribunal de Justicia ha señalado reiteradamente en su jurisprudencia, cada uno de los Estados miembros destinatarios de una directiva tiene la obligación de adoptar en su ordenamiento jurídico nacional todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la directiva, conforme al objetivo por ella perseguido⁴¹.

Respecto a las directivas, lo más probable es que sea necesaria la intervención del poder legislativo, central o autonómico según que se trate de materias objeto de competencia exclusiva autonómica, o compartidas con los poderes centrales del Estado, o también competencia de éstos. Esa intervención legislativa no impediría ser completada con reglamentos autonómicos si fuera necesario.

Las directivas pueden ser también muy detalladas, por lo que cabría entender que cubren la reserva de ley, pero en caso de no existir normativa autonómica propiciarían la intervención del legislativo si se trata de materias objeto de reserva de ley, pues requieren no sólo transposición, sino como se ha visto, que la legislación nacional de aplicación haga una referencia expresa a la directiva.

Este recurso al legislativo, plantea el problema de la lentitud de este procedimiento y de los plazos que fija la directiva para su transposición, por lo que habría que buscar procedimientos más ágiles, que permitieran cumplir la directiva dentro de plazo. Aunque la Comisión suele esperar un tiempo razonable, transcurrido ya el plazo de transposición, antes de iniciar el procedimiento de incumplimiento contra los Estados miembros, lo cierto es que transcurrido el plazo y no aplicada correctamente la directiva, se genera el incumplimiento del Estado, que podría tener otras consecuencias.

Sin embargo, el caso más frecuente en la aplicación del Derecho de la UE no será el de la ausencia de legislación nacional (central o autonómica) en la materia, sino precisamente el contrario, el Estado tendrá una regulación, más o menos conforme, con los preceptos de Derecho de la UE y deberá adaptar su legislación al mismo.

⁴¹ Entre otras, sentencia de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia, C-478/99, Rec. p. I-4147, sentencia de 28 de abril de 2005, Comisión/Italia, C-410/03, Rec. p. I-3507; sentencia de 14 de febrero de 2008, C-58/07, Comisión/España, Rec. 2008, p. I-28.

Puede ocurrir que un Estado miembro determinado tenga su legislación nacional ya adaptada a las obligaciones que derivan del Tratado, de un reglamento de la UE, o de una directiva (posiblemente porque su legislación nacional haya sido el modelo adoptado por las Instituciones de la UE en el acto de que se trate), y el Tribunal de Justicia reconoció de manera expresa esta posibilidad en 1985⁴², aunque lo más frecuente en estos casos es que el Estado miembro que cree tener su legislación ya adaptada encuentre luego una laguna, y su inactividad redunde en un perjuicio para los particulares⁴³ y en un incumplimiento del propio Estado miembro.

Sin embargo, la práctica comunitaria iniciada en los años noventa de incluir en las directivas una cláusula estableciendo la obligación de hacer una referencia expresa a la directiva en la legislación nacional de adaptación de la misma, parece ir reduciendo ese margen de los Estados miembros, que en todo caso tendrían que adoptar una disposición señalando que su normativa preexistente, se entendía que cumplía la directiva en cuestión, aunque el TJUE parece entender esta obligación, en su jurisprudencia posterior, de manera más estricta, y requerir para las directivas complementos normativos del Estado⁴⁴.

En todo caso, si el Estado miembro cree tener su legislación preexistente adecuada al Derecho de la UE, lo que sí está obligado es a examinar detenidamente la misma, para controlar que no existan lagunas o alguna contradicción, y en consecuencia, incumplimientos.

Pero pueden darse otras situaciones en relación con la legislación nacional, que puede ser contraria o incompleta respecto a las obligaciones derivadas del Derecho de la UE. Si la legislación nacional no es conforme, o es incompleta, las obligaciones difieren.

En caso de incompatibilidad de una norma nacional (central o autonómica) con el Derecho de la UE, el Estado miembro tiene la obligación de eliminar de su ordenamiento todas las normas, cualquiera que sea su rango, incompatibles con el Derecho de la UE, mediante normas del mismo valor jurídico que las

⁴² Sentencia de 13 de mayo de 1985, 29/84, Comisión/ Alemania, Rec. 1985, p. 1661.

⁴³ *Ibidem*, y especialmente referido a España es significativa la sentencia de 16 de diciembre de 1993, C-334/92, Wagner Miret, Rec. 1993, p. 6911.

⁴⁴ En este sentido las sentencias de 2 de mayo de 1996, C-253/95, Comisión/ Alemania, Rec. 1996, p. 2425; de 27 de noviembre de 1997, C-137/96, Comisión/ Alemania, Rec. 1997, p. 6749 y de 18 de diciembre de 1997, C-360/95, Comisión/ España, Rec. 1997, p. 7337.

que se eliminan⁴⁵, para garantizar la claridad y seguridad jurídicas, y que los particulares no se encuentren en una situación de ambigüedad sobre cuál sería la norma aplicable⁴⁶. Y esta obligación permanece aunque el Estado miembro no aplique el Derecho nacional contrario a las disposiciones de Derecho de la UE, como ya tuvo el TJUE ocasión de señalar en 1974, en el asunto del Código de trabajo marítimo francés⁴⁷ y ha reiterado en posterior jurisprudencia⁴⁸.

Esta jurisprudencia tiene, en relación con las directivas, que en teoría y por definición dejan un margen discrecional al Estado miembro, el efecto que ya se ha visto, de reducir ese margen, pues para ser correctamente aplicadas, han de serlo con disposiciones del mismo valor jurídico que las que se han visto afectadas por ella en el ordenamiento nacional, lo que ciertamente reduce el margen de maniobra del estado miembro para su aplicación.

Como el TJUE ha reiterado en numerosa jurisprudencia⁴⁹ el hecho de que una disposición de Derecho de la UE tenga efecto directo no dispensa al Estado miembro de la obligación de adaptar su derecho interno a la disposición de Derecho de la UE y eliminar toda norma nacional contraria a la misma.

Las disposiciones de Derecho de la UE con efecto directo sí tienen por efecto hacer inaplicables las disposiciones nacionales contrarias a las mismas. Esas disposiciones nacionales, sin embargo, podrían seguirse aplicando sin dificultad, a sujetos y situaciones no reguladas por el Derecho de la UE. Las

⁴⁵ En cuanto a las obligaciones de los Estados respecto a la depuración de sus ordenamientos internos, vid., Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario, de 15 de diciembre de 2010, del Consejo de Estado, <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>, p.23 y ss., y respecto al caso de España, p. 49 y ss.

⁴⁶ Como expresamente reiteró el Tribunal en su sentencia de 15 de octubre de 1986, Comisión/Italia, 168/85, Rec. 1986, p. 2945.

⁴⁷ Sentencia de 4 de diciembre de 1974, 167/73, Comisión/Francia, Rec. 1974, p. 33.

⁴⁸ Sentencia de 25 de marzo de 1979, 159/78, Rec. 1979, p. 3247; sentencia de 15 de octubre de 1986, 168/85, Comisión/Italia, Rec. 1986, p. 2495; sentencia de 11 de junio de 1991, Comisión/Francia, C-307/89, Rec. p. I-2903; sentencia de 24 de marzo de 1994, Comisión/Bélgica, C-80/92, Rec. p. I-1019; sentencia de 26 de octubre de 1995, C-151/94, Comisión/Luxemburgo, Rec. 1995, p. 3685; sentencia de 9 de marzo de 2000, Comisión/Italia, C-358/98, Rec. p. I-1255; sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión / Portugal (C-367/98, Rec. 2002 p. I-4731.

⁴⁹ Sentencia de 6 de mayo de 1980, 102/79, Comisión/Bélgica, Rec. 1980, p. 1473; sentencia de 15 de octubre de 1986, 168/85, Comisión/Italia, Rec. 1986, p. 2495; sentencia de 26 de octubre de 1995, C-151/94, Comisión/Luxemburgo, Rec. 1995, p. 3685; sentencia de 2 de mayo de 1996, C-253/95, Comisión/República Federal de Alemania, Rec. 1996, p. 2425; sentencia de 3 de diciembre de 2009, Comisión/Bélgica, C-475/08, Rec. 2009, p. I-11503.

relaciones con terceros, ajenos al ámbito del Derecho de la UE, podrían seguir bajo la aplicación de esa normativa nacional. En lo que respecta a esta posibilidad, el TJUE, en su jurisprudencia de 1998⁵⁰, ha precisado las obligaciones del Estado miembro, que debe suprimir tal inseguridad jurídica (para los ciudadanos de la Unión y las relaciones y situaciones vinculadas al Derecho de la UE) declarando formalmente la inaplicabilidad de la normativa nacional en el contexto de la UE.

Si el Estado miembro tiene una legislación que no sea contraria a la directiva, pero sí incompleta, tendrá desde luego la obligación de completarla, y aquí las soluciones son similares al supuesto de ausencia de normativa nacional, pues la competencia para completarla será nacional o autonómica según la distribución de competencias establecida en cada Estatuto de Autonomía. E igualmente, corresponderá al poder legislativo o ejecutivo, según materias y reparto competencial entre ambos, como ya se analizó al comienzo de este apartado.

B) La ejecución administrativa

La aplicación administrativa o ejecución material del Derecho de la UE por la Administración nacional (central o autonómica) no puede desconocer los dos principios básicos, de creación jurisprudencial, en los que se asienta el ordenamiento jurídico de la UE: la eficacia directa y la primacía.

Estos principios no se aplican de forma aislada, sino conjuntamente. La primacía afecta a todas las disposiciones de Derecho de la UE, mientras que la eficacia directa sólo a aquellas que reúnen los requisitos necesarios para que se produzca. La primacía es la que origina el efecto de bloqueo que tiene el Derecho de la UE sobre el derecho nacional contrario, pero los particulares sólo podrán activar ese efecto alegando una disposición de Derecho de la UE que goce de eficacia directa.

La cuestión de la eficacia directa del Derecho de la UE sólo se plantea en caso de incumplimiento de éste, por lo tanto se verá en el incumplimiento del Estado, pues si éste ha cumplido correctamente las obligaciones derivadas

⁵⁰ Sentencia de 16 de julio de 1998, C-264/96, Imperial Chemical Industries, Rec. 1998, p. 4495.

del ordenamiento jurídico de la UE, procederá a aplicarlo directamente a los nacionales y ciudadanos de la Unión Europea establecidos en su territorio.

Como ya se ha señalado, el Tratado de Lisboa incorpora el art. 291 TFUE que prevé, por primera vez, de forma expresa la ejecución del Derecho de la UE por los Estados miembros.

3. LA COOPERACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: LA CONFERENCIA PARA ASUNTOS RELACIONADOS CON LA UNIÓN EUROPEA (CARUE)

La cooperación entre los poderes centrales del Estado y las Comunidades Autónomas para la aplicación del Derecho de la UE se ha articulado mediante la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE), hoy denominada⁵¹ Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea (CARUE)⁵² y otras conferencias sectoriales.

La Conferencia se constituyó en el año 1988, y la experiencia mantenida en su seno demostró que era un foro adecuado para ir resolviendo en común los diversos temas que esta participación planteaba, por lo que en su reunión de 29 de octubre de 1992 se adoptó el Acuerdo de institucionalización⁵³, completado el día 14 de junio de 1994, en que se aprobó su reglamento interno⁵⁴

Posteriormente se adoptó la Ley 2/1997, de 13 de marzo⁵⁵, por la que se regula la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, que refuerza la articulación de este mecanismo de cooperación, garantizándose así, un procedimiento para la intervención efectiva de las Comunidades Autónomas en la elaboración y ejecución del Derecho de la UE, y en el desarrollo del proceso de construcción europea.

En la fase descendente, se establece que en la aplicación del Derecho de la UE la cooperación entre los poderes centrales y autonómicos se basará en los

⁵¹ En la reunión de 15 de abril de 2010 se modifica la denominación de esta Conferencia y pasa a denominarse Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea (CARUE).

⁵² Sobre la CARUE y antes la CARCE, vid, MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ...*, Op. cit., p.491 y ss; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Comunidades Autónomas y ...", Op. cit., p.772 y ss.

⁵³ BOE n° 241, de 8 de octubre de 1993.

⁵⁴ BOE n° 269, de 10 de noviembre de 1994.

⁵⁵ BOE n° 64, de 15 de marzo de 1997.

principios de autonomía institucional (común a todos los Estados miembros en la aplicación del citado Derecho) y de distribución de competencias resultante del bloque de constitucionalidad.

Para la ejecución normativa del Derecho de la UE se establece que si la Administración del Estado o las autonómicas proyectan aprobar una norma de desarrollo del mismo, pondrán el texto en conocimiento de la correspondiente Conferencia sectorial, y si coinciden en la necesidad de dar un contenido normativo semejante o equivalente al proceso normativo interno derivado del Derecho de la UE, procurarán llegar a un acuerdo.

En el caso de la ejecución administrativa del Derecho de la UE también se informarán regularmente, pudiendo llegar a acuerdos. Y ese compromiso de información recíproca se extiende a la gestión de los programas de la UE.

Existen además una serie de acuerdos sectoriales entre la Administración del Estado y las Autonómicas, pero quizás los más interesantes desde el punto de vista de la aplicación del Derecho de la UE sean el Acuerdo sobre los procedimientos precontenciosos de la Comisión de 1990⁵⁶ que regula la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el caso de la interposición del recurso por incumplimiento por la Comisión, y del control por parte de la Comisión de la actividad del Estado y sus Comunidades Autónomas; y el Acuerdo de 1997⁵⁷ sobre procedimientos ante el Tribunal de Justicia que plantea la posibilidad de que el Estado asuma la pretensión de una Comunidad Autónoma⁵⁸ de litigar ante el Tribunal de Justicia, por alguno de los recursos abiertos a los Estados miembros: nulidad, omisión, o recurso contra otro Estado miembro. También se pueden destacar los Acuerdos adoptados el 9 de diciembre de 2004, sobre la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea y sobre la Participación de las Comunidades Autónomas en los Grupos de Trabajo del Consejo de la Unión Europea; y sobre el Sistema de Representación Autonómica en las Formaciones del Consejo de la Unión Europea⁵⁹, aunque se refieran más a la formación de la voluntad del Estado en la UE que al proceso de aplicación de su derecho.

⁵⁶ BOE n° 216, 8 de septiembre de 1992.

⁵⁷ BOE n° 79, 2 de abril de 1998.

⁵⁸ Situación que ha mejorado ligeramente tras la entrada en vigor el Tratado de Lisboa, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Comunidades Autónomas y Unión Europea", *Op. cit.*, p. 61.

⁵⁹ BOE n° 64, 16 marzo 2005.

En concreto en el Estatuto de Andalucía, en su versión reformada de 2007, se contempla la participación de Andalucía en las decisiones de la Unión europea, en el Art. 218⁶⁰ y en Capítulo III del Título IX, Relaciones Institucionales de la Comunidad Autónoma, se regulan las “Relaciones con las instituciones de la Unión Europea”, en los arts. 230 a 239, de entre los que cabe destacar el art. 231, en el que se afirma en su apartado 1 que “*La Comunidad Autónoma participa en la formación de la posición del Estado ante la Unión Europea en los asuntos relativos a las competencias o a los intereses de Andalucía, en los términos que establecen el presente Estatuto y la legislación sobre la materia*”.

4. LA APLICACIÓN INCORRECTA DEL DERECHO DE LA UE (EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UE)

La aplicación del Derecho de la UE por el Estado miembro puede ser correcta, y en ese caso el particular ve garantizados todos sus derechos en la normativa nacional de aplicación de las disposiciones del Derecho de la UE, y las Instituciones de la UE no tendrán nada que objetar.

Pero también puede ocurrir que sea incorrecta, bien por falta de normativa de aplicación, porque la aplicación sea incompleta, o por una ejecución mediante una normativa contraria al Derecho de la UE, y en estos casos se produce el incumplimiento del Estado⁶¹. El particular, entonces, puede que no vea reconocidos sus derechos en la normativa nacional, y las Instituciones de la UE (Comisión como demandante y Tribunal de Justicia como jurisdicción competente) pueden declarar el mencionado incumplimiento, que puede tener diversas consecuencias para el Estado miembro.

⁶⁰ Artículo 218: “*En los supuestos previstos en el presente Título, la Comunidad Autónoma de Andalucía participará en las decisiones o instituciones del Estado y de la Unión Europea de acuerdo con lo que establezcan en cada caso la Constitución, la legislación del Estado y la normativa de la Unión Europea*”.

⁶¹ Sobre el incumplimiento de los Estados, especialmente de España, y las posibles medidas para garantizar el cumplimiento del Derecho de la UE por parte de España, el Consejo de Estado ha elaborado un interesante y completo informe, con propuestas de futuro. Vid. *Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, de 15 de diciembre de 2010, disponible en <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>

A) El control por las Instituciones de la UE o por otros Estados miembros del cumplimiento del Derecho de la UE por el Estado

El incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la UE puede ser controlado tanto por la Comisión como por otros Estados miembros. La noción de incumplimiento no se encuentra definida en los Tratados de la UE, hay que atender a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero en todo caso se caracteriza por su objetividad y amplitud, es decir se refiere a toda obligación dirigida a los Estados miembros por el Derecho de la UE⁶².

El recurso de incumplimiento interpuesto por un Estado miembro contra otro ocurre con tan poca frecuencia en la vida de la UE (y antes de las CCEE) que basta con mencionar la posibilidad, contemplada en el art. 259 TFUE y señalar que aunque el procedimiento se ha iniciado en seis ocasiones, sólo se pueden citar cuatro sentencias⁶³, la más reciente en octubre de 2012, y de las que sólo en la primera, de 1979, ganó el caso la demandante, Francia, contra el Reino Unido, mientras que en las tres restantes, el Tribunal de Justicia estimó que no existía incumplimiento por parte de los Estados demandados.

El control frecuente y efectivo lo lleva a cabo la Comisión mediante el recurso de los arts. 258 y 260 TFUE, en los que tras una fase previa precontenciosa, la Comisión puede demandar al Estado miembro ante el Tribunal de Justicia, aunque la Comisión goza de poder discrecional en el ejercicio de este poder de control sobre los Estados miembros, y puede decidir si inicia, y en qué momento, el procedimiento⁶⁴.

En su sentencia de incumplimiento de un Estado, el Tribunal de Justicia se limita a declarar el incumplimiento del Estado a las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la UE, se trata de un procedimiento de

⁶² Sobre la tipología de los distintos incumplimientos posibles por parte del Estado, vid., el ya citado *Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, de 15 de diciembre de 2010, <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>, p. 24 y ss.

⁶³ Sentencia de 4 de octubre de 1979, Francia/Reino Unido, 141/78; Rec. 1979, p. 2923; sentencia de 16 de mayo de 2000, Bélgica/España, C-388/95, Rec. 2000, p. I-3123; sentencia de 12 septiembre 2006, España/Reino Unido, C-145/04, Rec. 2006 p. I-7917; Sentencia 16 de octubre de 2012, Hungría / Eslovaquia, C-364/10, aún no publicado en la Recopilación.

⁶⁴ El Tribunal de Justicia ha reconocido que no puede controlar el margen de apreciación de la Comisión, sentencia de 4 de marzo de 2010, Comisión/Italia, C-297/08, Rec. 2010 p. I-1749.

carácter netamente objetivo, por lo que el Tribunal no tiene en cuenta las circunstancias que pueden originar el incumplimiento⁶⁵, ni la intencionalidad del Estado⁶⁶, ni tiene relevancia a estos efectos, qué órgano o subdivisión estatal ha podido cometer el incumplimiento⁶⁷. La única circunstancia que tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han tenido en cuenta para no demandar ni declarar el incumplimiento del Estado es la imposibilidad absoluta de ejecución del acto o disposición del Derecho de la UE⁶⁸. Por esta vía judicial, el incumplimiento de cualquiera de sus órganos, centrales o descentralizados, es imputable al Estado⁶⁹.

Hasta el Tratado de Maastricht las sentencias sobre incumplimiento de los Estados miembros eran declarativas, pero a partir de 1993 entró en vigor el mencionado Tratado que en el caso de inejecución de una de estas sentencias, establece un procedimiento sancionador, en el que la Comisión, tras el envío de un dictamen motivado y la presentación de observaciones por parte del Estado, puede solicitar al Tribunal de Justicia que le imponga al Estado el pago de una cantidad a tanto alzado o de una multa coercitiva, si el Estado no ha adoptado las medidas de ejecución necesarias⁷⁰. La Comisión también indicará

⁶⁵ En este sentido el Tribunal ha señalado reiteradamente que un Estado miembro no puede alegar situaciones de su ordenamiento jurídico interno, incluso las que derivan de su organización federal, para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva, entre otras vid., sentencia de 15 de octubre de 1998, Comisión/Bélgica, C-326/97, Rec. 1998, p. 6107; sentencia de 13 de abril de 2000, Comisión/España, C-274/987, Rec. 2000, p. I-2823; sentencia de 6 de julio de 2000, Comisión / Bélgica, C-236/99, Rec. 2000 p. I-5657.

⁶⁶ Sentencia de 4 de marzo de 2010, Comisión/Italia, C-297/08, Rec. 2010 p. I-1749.

⁶⁷ A estos efectos el Tribunal ha reiterado que el reparto constitucional de las competencias entre autoridades centrales y descentralizadas no tiene ninguna incidencia en la apreciación del incumplimiento. Corresponde a los Estados miembros procurar que el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias por las autoridades competentes centrales y descentralizadas sea efectivo. Entre otras vid., sentencia de 24 de noviembre de 1992, Comisión/Alemania, C-237/90, Rec. 1992, p. I-5973, sentencia de 13 de junio de 2002 Comisión/España, C-474/99, Rec. 2002, p. I-5293.

⁶⁸ Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Francia, C-214/07, Rec. 2008, p. I-8357.

⁶⁹ Así, en la sentencia de 4 de marzo de 2010, Comisión/Italia, C-297/08, Rec. 2010 p. I-1749, se declara el incumplimiento de Italia por un incumplimiento de la región de Campania.

⁷⁰ De las doce sentencias dictadas hasta la fecha, cinco han sido condenando a Grecia, tres a Francia, dos a España, y una a Portugal y a Italia. Es decir las doce han sido para países del Sur de Europa. Sentencia de 4 de julio de 2000, Comisión/Grecia, C-387/97, Rec. 2000 p. I-5047; sentencia de 25 de noviembre de 2003, Comisión/España, C-278/01, Rec. 2003 p. I-14141; sentencia de 12 de julio de 2005, C-304/02, Comisión/Francia, Rec. 2005 p. I-6263; sentencia de 14 de marzo de 2006, Comisión/Francia, C-177/04, Rec. 2006 p. I-2461; sentencia de 10 de enero de 2008, Comisión/Portugal, C-70/06, Rec. 2008 p. I-1; sentencia de 9 de diciembre de

la cantidad que en ambos casos resulte adecuada, y según sea la gravedad de las infracciones, podrá solicitar que se imponga una multa coercitiva⁷¹ cosa que ha hecho y se le ha reconocido por el Tribunal en cinco ocasiones, el pago de una suma a tanto alzado⁷² que la Comisión ha ganado en tres ocasiones, o ambas sanciones a la vez⁷³, que ha ocurrido en otras cuatro ocasiones.

Sólo en una ocasión el Tribunal de Justicia ha desestimado la petición de la Comisión, porque ésta no había podido demostrar la inejecución de la sentencia de incumplimiento por parte del Estado miembro demandado⁷⁴. Y en otros dos asuntos, el Tribunal estimó que no procedía imponerle una multa coercitiva al Estado miembro demandado, porque no existían elementos que permitiesen concluir que dicha inejecución continuaba cuando el Tribunal de Justicia examinó los hechos⁷⁵.

Además, el Tratado de Lisboa ha añadido un tercer apartado al art. 260 TFUE, referido al incumplimiento de directivas por parte de los Estados miembros, que permite a la Comisión solicitar directamente la imposición de una

2008, Comisión/Francia, C-121/07, Rec. 2008 p. I-9159 Sentencia de 7 de julio de 2009, Comisión/Grecia, C-369/07, Rec. 2009 p. I-5703; sentencia de 4 de junio de 2009, Comisión/Grecia, C-568/07, Rec. 2009 p. I-4505; sentencia de 4 de junio de 2009, Comisión/Grecia, C-109/08, Rec. 2009 p. I-4657; sentencia de 31 de marzo de 2011, Comisión/Grecia, C-407/09, Rec. 2011, p. I-2467; sentencia de 17 de noviembre de 2011, Comisión/Italia, C-496/09, aún no publicada en la Recopilación; sentencia de 11 de diciembre de 2012, Comisión / España, C-610/10, aún no publicada en la Recopilación.

⁷¹ Lo ha hecho en cinco ocasiones: sentencia de 4 de julio de 2000, Comisión/Grecia, C-387/97, Rec. 2000 p. I-5047; sentencia de 25 de noviembre de 2003, Comisión/España, C-278/01, Rec. 2003 p. I-14141; sentencia de 14 de marzo de 2006, Comisión/Francia, C-177/04, Rec. 2006 p. I-2461; sentencia de 10 de enero de 2008, Comisión/Portugal, C-70/06, Rec. 2008 p. I-1; sentencia de 17 de noviembre de 2011, Comisión/Italia, C-496/09, aún no publicada en la Recopilación.

⁷² Lo ha solicitado en tres ocasiones: sentencia de 9 de diciembre de 2008, Comisión/Francia, C-121/07, Rec. 2008 p. I-9159; sentencia de 4 de junio de 2009, Comisión/Grecia, C-568/07, Rec. 2009 p. I-4505; sentencia de 31 de marzo de 2011, Comisión/Grecia, C-407/09, Rec. 2011, p. I-2467.

⁷³ Lo ha pedido en cuatro ocasiones: sentencia de 12 de julio de 2005, C-304/02, Comisión/Francia, Rec. 2005 p. I-6263; sentencia de 7 de julio de 2009, Comisión/Grecia, C-369/07, Rec. 2009 p. I-5703; sentencia de 4 de junio de 2009, Comisión/Grecia, C-109/08, Rec. 2009 p. I-4657; Sentencia de 11 de diciembre de 2012, Comisión / España, C-610/10, aún no publicada en la Recopilación.

⁷⁴ Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Comisión/República Portuguesa, C-457/07, Rec. 2009 p. I-8091.

⁷⁵ Sentencia de 18 de julio de 2006, Comisión/Italia, C-119/04, Rec. 2006 p. I-6885; sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania, C-503/04, Rec. 2007 p. I-6153.

sanción pecuniaria, sin necesidad de una sentencia previa de incumplimiento. En aplicación de este nuevo apartado 3 del art. 260, se inició un procedimiento mediante un recurso interpuesto por la Comisión el 10 de julio de 2012 contra Portugal⁷⁶, pero la Comisión desistió en sus pretensiones, al cumplir Portugal con sus obligaciones, y el asunto fue sobreesido por el Tribunal en el mes de noviembre⁷⁷.

La Comisión adoptó el 11 de noviembre de 2010 una Comunicación sobre “Aplicación del artículo 260, apartado 3, del TFUE”⁷⁸ que recoge las modificaciones aportadas al contenido del art. 260 TFUE (antiguo art. 228 TCE) por el Tratado de Lisboa y que completa a la Comunicación de 13 de diciembre de 2005, sobre la aplicación del artículo 228 del Tratado CE⁷⁹ (“comunicación de 2005”), que a su vez había sustituido las dos Comunicaciones anteriores de 1996⁸⁰ y 1997⁸¹ y que también fue actualizada en 2010⁸². El hecho de que haya recurrido a las Comunicaciones, acto atípico, y en principio no vinculante, hace pensar que la Comisión quiere conservar el margen de apreciación discrecional de que goza en sus propuestas.

⁷⁶ Asunto C-325/12, en él la Comisión solicitaba: “Que se declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y el Reglamento (CE) no 2006/2004, sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, 2 al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y, en cualquier caso, al no haber comunicado las mencionadas disposiciones a la Comisión.

Que se condene a la República Portuguesa, con arreglo al artículo 260, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al pago de una multa coercitiva por haber incumplido la obligación de comunicar todas las medidas de transposición de la Directiva 2009/136/CE, por un importe de 22.014,72 euros por día, a partir de la fecha en que dicte sentencia el Tribunal de Justicia.

Que se condene en costas a la República Portuguesa”.

⁷⁷ Auto de 5 de noviembre de 2012, C-325/12, aún no publicado en la Recopilación.

⁷⁸ DOUE C 12, 15.1.2011, p. 1.

⁷⁹ Documento SEC(2005) 1658.

⁸⁰ DOCE n° C 242, de 21 de agosto de 1996.

⁸¹ DOCE n° C 63, de 28 de febrero de 1997.

⁸² Communication de la Commission “Mise en oeuvre de l’article 260 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne. Mise à jour des données utilisées pour le calcul des sommes forfaitaires et des astreintes que la Commission proposera à la Cour de justice dans le cadre de procédures d’infraction” Documento SEC(2010) 923/3, no disponible en versión española.

B) La aplicación a instancias de los particulares: la eficacia directa y la primacía

En caso de incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones derivadas del Derecho de la UE, si la disposición incumplida goza de eficacia directa, el particular puede, en virtud de los principios combinados de efecto directo y primacía, conseguir que se le reconozcan y apliquen los derechos que le otorga el Derecho de la UE, en la gran mayoría de los casos, mediante la aplicación del Derecho de la UE por el juez nacional⁸³.

La primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho nacional se refiere a la recepción e integración en el ordenamiento jurídico español de un ordenamiento jurídico diferenciado, proveniente de unas organizaciones internacionales, y cómo se articulan las relaciones entre las normas españolas y comunitarias en caso de contradicción de las mismas. El principio de la primacía fue establecido por el TJUE en 1964, en la célebre sentencia *Costa / ENEL*⁸⁴, y ha seguido desarrollándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta la actualidad⁸⁵. Supone que en caso de contradicción entre las normas del De-

⁸³ Sobre la aplicación del Derecho de la UE por el juez nacional, vid., DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., "La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España" *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 50, 2010 p. 33 y ss.

⁸⁴ Sentencia de 15 de julio 1964, *Costa/ENEL*, 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

⁸⁵ Entre otras muchas, sentencia de 13 de febrero de 1969, *W. Wilhem/Bundeskartellamt*, 14/68, Rec. p. 1; sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, 11/70, Rec. 1970, p. 1125; sentencia de 17 mayo 1972, *Leonesio*, 93/71, Rec. 1972, p. 287; sentencia de 13 julio 1972, *Comisión / Italia*, 48-71, Rec. 1972, p. 529; sentencia de 9 marzo 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. 1978, p. 629; sentencia de 21 mayo 1987, *Albako / BALM*, 249/85, Rec. 1987, p. 02345; sentencia de 24 de marzo de 1988, *Comisión / Italia*, 104/86, Rec. 1988, p. 1799; sentencia de 19 de junio de 1990, *The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, Rec. 1990, p. 2433; sentencia de 4 de junio de 1992, *Debus*, C-13/91 y C-113/91, Rec. 1992 p. I-3617; sentencia de 19 de enero de 1993, *Comisión/Italia*, C-101/91, Rec. 1993 p. I-191; sentencia de 2 de agosto de 1993, *Ministère Public y Direction du Travail et de l'emploi/Jean-Claude Levy*, C-158/91, Rec. 1993 p. I-4287; sentencia de 5 de marzo de 1998, *Solred SA/ Administración General del Estado*, C-347/96, Rec. 1998 p. I-937; sentencia de 22 de octubre de 1998, *Ministero delle Finanze/IN.CO.GE.'90 e.a.*, C-10/97 a C-22/97, Rec. 1998, p. 6307; sentencia de 11 enero 2000, *Kreil*, C-285/98, Rec. p. I-69; sentencia de 8 junio 2000, *Carra e.a.*, C-258/98, Rec. 2000, p. I-4217; sentencia de 28 junio 2001, *Larsy*, C-118/00, Rec. 2001, p. I-5063; sentencia de 11 enero 2007, *ITC*, C-208/05, Rec. 2007, p. I-181; sentencia de 18 julio 2007, *Lucchini*, C-119/05, Rec. 2007, p. I-6199; sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2008, *James Wood/ Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions*, C164/07, Rec. 2008, p. I-4143; sentencia de 27 de octubre de 2009, *CEZ*, C-115/08,

recho de la UE y las normas jurídicas españolas, será de aplicación la norma de la UE, a las personas y a los ámbitos materiales regulados por el Derecho de la UE, aunque ese efecto de bloqueo y esa aplicación preferente respecto al Derecho nacional contrario, no elimina la obligación del Estado miembro de derogar la norma nacional contraria, o al menos de excluir su aplicación a los ámbitos, personas y relaciones regulados por el Derecho de la UE, y caso de no hacerlo así, el Estado miembro incurriría en incumplimiento y se generaría su responsabilidad por los daños que éste pudiera ocasionar⁸⁶.

Corresponderá, en general, al juez nacional, la obligación de resolver los asuntos ante él planteados, en los que encuentre esta contradicción entre normas de la UE y nacionales, dejar por su propia autoridad⁸⁷ sin aplicación la norma nacional y resolver el caso aplicando el Derecho de la UE⁸⁸, pero para que ésta situación pueda producirse, la disposición de derecho de la UE ha debido ser alegada por los particulares, es decir debe contener derechos para ellos, y poder producir eficacia directa.

Rec. 2009 p. I-10265; sentencia de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08, Rec. 2009 p. I-11049; sentencia de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Rec. 2010, p. I-8015; sentencia de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, Rec. 2010, p. I-8889; sentencia de 20 de octubre de 2011, Interedil C-396/09, aún no publicada en la Recopilación; sentencia de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics UK, C-18/11, aún no publicada en la Recopilación.

⁸⁶ Sobre la aplicación del principio de la primacía en España y las distintas vías para eliminar las leyes españolas contrarias al Derecho de la UE, vid. el *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008 del Consejo de Estado, <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>, p. 222 y ss.

⁸⁷ Sentencia de 9 marzo 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. 1978, p. 629; sentencia de 22 de octubre de 1998, Ministero delle Finanze / IN.CO.GE.'90 e.a., C-10/9, Rec. 1998, p. I-6307; sentencia de 20 de octubre de 2011, Interedil C-396/09, aún no publicada en la Recopilación; sentencia de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics UK, C-18/11, aún no publicada en la Recopilación.

⁸⁸ Ya sea la norma nacional contraria anterior o posterior, el órgano judicial nacional no debe esperar a que sea derogada ni plantear una cuestión de constitucionalidad, sino que debe dejarla inaplicada por su propia autoridad, y aplicar en su lugar la norma comunitaria. Esta obligación de aplicar la norma comunitaria en vez de la nacional, no sólo se dirige al juez, sino a todas las Instituciones del Estado, con sus Administraciones central y autonómicas, sentencia 22 junio 1989, 103/88, Fratelli Costanzo, Rec. 1989, p. 1839, y a los particulares. Pero esa norma nacional contraria, que el Estado tiene la obligación de adecuar al Derecho Comunitario, seguirá aplicándose y produciendo efectos en relaciones no comunitarias, sino, por ejemplo, con ciudadanos de Estados terceros.

El TJUE, desde la primera sentencia *Van Gend & Loos* en 1963⁸⁹, va a definir los caracteres de una disposición para que pueda producir efecto directo, y va a ir reconociendo esta posibilidad a las disposiciones de los Tratados constitutivos, a los reglamentos⁹⁰, a las decisiones⁹¹ y finalmente en 1974 a las directivas⁹², así como a los Tratados internacionales celebrados tanto por las Comunidades Europeas⁹³ como posteriormente por la UE, e incluso, en los casos en que mediante esos Tratados se cree una Asociación entre el Estado tercero y la CE (hoy UE), a las Decisiones de carácter obligatorio que pueda tomar el Consejo de Asociación⁹⁴.

Respecto a los Tratados y reglamentos, el Tribunal les va a reconocer efectos similares, la posibilidad de producir tanto efecto directo vertical como horizontal⁹⁵, mientras que en el caso de las directivas esta posibilidad, se limitará definitivamente en la primera sentencia *Marshall*⁹⁶ al efecto directo vertical y extenderá esta jurisprudencia en 2007 en *Carp*⁹⁷ a las decisiones dirigidas a los Estados miembros.

La argumentación del Tribunal, anunciada ya en 1979 en la sentencia *Ratti*⁹⁸, al insistir en que la directiva sólo impone obligaciones a los Estados miembros, y al afirmar que el Estado miembro no puede prevalerse de su propio incumplimiento frente a los particulares⁹⁹, permite a éstos invocar las disposiciones de la directiva frente a la normativa nacional de ejecución incorrecta, y conseguir que se les apliquen las disposiciones de la directiva, pero únicamente en su relación con un Estado miembro.

⁸⁹ Sentencia de 5 de febrero de 1963, 26/62, *Van Gend & Loos*, Rec. 1963, p. 1.

⁹⁰ Desde la sentencia de 14 de diciembre de 1971, 43/71, *Politi*, Rec. 1971, p. 1039 en adelante.

⁹¹ Sentencia de 6 de octubre de 1970, Grad, 9/70, Rec., 1970, p. 825.

⁹² En solitario a las directivas a partir de la sentencia de 4 de diciembre de 1974, 41/74, *Van Duyn*, Rec. 1974, p. 1337.

⁹³ Sentencia 5 febrero 1976, 87/75, *Bresciani*, Rec. 1976, p. 129; sentencia 26 octubre 1982, *Kupferberg*, 104/81, Rec. 1982, p. 3664.

⁹⁴ Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Sevince*, C-192/89, Rec. p. I-3461; sentencia de 13 de diciembre de 2007, *Asda Stores*, C-372/06, p. I-11223.

⁹⁵ Sentencia de 12 de diciembre de 1974, 36/74, *Walrave*, Rec. 1974, p. 1420 para los reglamentos.

⁹⁶ Sentencia de 26 de febrero de 1986, 152/84, *Marshall*, Rec. 1986, p. 723.

⁹⁷ Sentencia de 7 de junio de 2007, C-80/06, *Carp*, Rec. 2007, p. I-4473.

⁹⁸ Sentencia de 5 de abril de 1979, 148/78, *Ratti*, Rec. 1978, p. 1629.

⁹⁹ Entre otras muchas: sentencia de 19 de enero de 1982, 8/81, *Becker*, Rec. 1982, p. 53; sentencia de 12 de julio de 1990, C-188/89, *Foster/ British Gas*, Rec. 1990, p. 3313.

Esta jurisprudencia, además de impedir que el Estado aplique a los particulares su legislación nacional incorrecta, va a ir más allá, y a partir de 1987¹⁰⁰ va a impedir también que el Estado intente aplicar a los particulares la directiva que él ha incumplido, que es lo que se conoce como el efecto directo vertical inverso.

Al ser la eficacia directa una creación jurisprudencial, y jugar sólo en caso de incumplimiento del Estado, quiere decir que los particulares han debido recurrir a procedimientos judiciales para que se les aplique el Derecho de la UE, y durante muchos años parecía que tanto la eficacia directa como la primacía eran principios que sólo el juez nacional debía aplicar.

Pero en 1989 el TJUE va a afirmar que las obligaciones derivadas del Derecho de la UE vinculan a todas las instituciones del Estado, no sólo al poder judicial, a todas las administraciones públicas, estatales, autonómicas, provinciales, locales, y que todas, por tanto, deberán aplicar a los particulares las disposiciones de Derecho de la UE que puedan producir efecto directo¹⁰¹. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia, coherente ciertamente, con su concepción combinada de los principios de eficacia directa y primacía y la protección de los derechos de los particulares, plantea sin embargo, en su aplicación práctica, muchos interrogantes e inconvenientes¹⁰², que no existen en su versión judicial, ya que las administraciones nacionales no son competentes para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia y poder pedirle por esa vía su interpretación de las normas de la UE a aplicar, o cuestionar la validez de las mismas.

La negativa por el TJUE a reconocerle efecto directo horizontal a las directivas iba a crear más problemas que resolvía, pues frente a la pretendida protección de los particulares respecto a las obligaciones que les impondría la directiva (en opinión del Tribunal sólo las impone a los Estados miembros, lo que es cierto desde un punto de vista estrictamente formal, pero en este tema

¹⁰⁰ Sentencias de 11 de junio de 1987, 14/86, Pretore di Salò, Rec. 1987, p. 2545 y de 8 de octubre de 1987, 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Rec. 1987, p. 3969.

¹⁰¹ Sentencia de 22 de junio de 1989, 103/88, Fratelli Constanzo, Rec. 1989, p. 1839; sentencia de 29 de abril de 1999, Cíola, C-224/97, Rec. p. I-2517 y sentencia de 4 de octubre de 2001, C-438/99, Jiménez Melgar/Ayuntamiento de Los Barrios, Rec.2001, p. I-6915.

¹⁰² Sobre las dificultades para aplicar esta jurisprudencia en la Administración en España, vid. el *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español* de 14 de febrero de 2008 del Consejo de Estado, <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>, p. 225 y ss.

el Tribunal no distingue entre las obligaciones formales o procedimentales, que en el caso de la directiva, sólo se pueden dirigir a los Estados, y las obligaciones sustantivas que contiene la directiva, que se pueden dirigir indistintamente al Estado miembro, a los particulares, o a ambos), que sería la única ventaja de esta interpretación jurisprudencial, planteaba otros inconvenientes.

El Tribunal de Justicia, en un intento por garantizar, a pesar de todo, lo más posible los derechos de los particulares derivados directamente de las directivas, va a ampliar la noción de efecto directo vertical de las directivas ampliando a su vez enormemente la noción de "Estado", y consiguiendo de esa manera difuminar la noción, y no dar criterios precisos, con lo que esta noción queda en una cierta indefinición, que corresponderá concretar a cada juez nacional en cada caso ante él planteado.

La jurisprudencia origina discriminación entre particulares, sobre todo entre los que trabajan en el sector público y en el sector privado, y esa discriminación puede afectar además a determinados derechos fundamentales. La ampliación de la noción de Estado no hace más que agravar esta discriminación.

La primera solución del TJUE para paliar estos problemas fue establecer la obligación para los tribunales nacionales de interpretar el derecho nacional de la manera más conforme posible con el Derecho de la UE¹⁰³, especialmente en el caso de que las disposiciones de Derecho de la UE no pudieran producir efecto directo, y especialmente en el caso de las directivas impedidas de producir efecto directo horizontal.

Esta jurisprudencia tampoco carece de problemas, pues en gran medida depende de la voluntad del juez nacional, y puede ocurrir en el mismo Estado miembro, y concretamente en España, que un juez decida, en caso de contradicción entre derecho nacional y Derecho de la UE realizar una "interpretación conforme" del derecho nacional a la directiva no aplicada¹⁰⁴, mientras que otro juez observa que no puede proceder a esa interpretación, en el caso de una laguna en el derecho nacional, que se pretendía conforme con la directiva¹⁰⁵. El particular en este caso nunca tiene la seguridad del resultado a obtener, ni

¹⁰³ Sentencia de 10 de abril de 1984, 14/83, Von Colson y Kamann, Rec. 1984, p. 1891; Sentencia de 10 de abril de 1984, 78/83, Harz, Rec. 1984, p. 1921; Sentencia 13 de noviembre de 1990, C-106/89, Marleasing S.A. Rec. 1990, p. 4135.

¹⁰⁴ Es precisamente el caso de la sentencia de 13 noviembre de 1990, C-106/89, Marleasing S.A. Rec. 1990, p. 4135.

¹⁰⁵ Sentencia de 16 de diciembre de 1993, C-334/92, Wagner Miret, Rec. 1993, p. 6911.

tampoco si se le van a reconocer exactamente los derechos que puede haber para él en una directiva que regule relaciones entre particulares.

Pero no siempre el Tribunal se ha negado a reconocerle efectos a las directivas en las relaciones horizontales, en algunos casos de inaplicación de directivas, el incumplimiento de un Estado miembro ha tenido relevancia y ha sido alegado en las relaciones entre particulares, es lo que la doctrina ha denominado "las relaciones triangulares". Esta jurisprudencia, que comenzó en 1996 con el asunto *CIA Security*¹⁰⁶, y sigue desarrollándose por el Tribunal¹⁰⁷, establece una complicada arquitectura triangular, entre un Estado miembro y dos particulares, que hubiera podido obviarse con el reconocimiento de la eficacia directa horizontal de las directivas.

En los últimos años, el Tribunal de Justicia para paliar los efectos de su propia jurisprudencia de negarles eficacia directa horizontal a las directivas, ha recurrido a una solución muy poco satisfactoria y que ha levantado muchas críticas, que es reconocerle eficacia directa horizontal a los principios generales del Derecho contenidos en la directiva¹⁰⁸. Las soluciones planteadas generan todas ellas mayor inseguridad jurídica y son peores que el reconocimiento de la eficacia directa horizontal de las directivas, pero el Tribunal lleva años reafirmando en su jurisprudencia.

Una segunda vía para paliar estos problemas pareció en un primer momento el reconocimiento por el Tribunal de Justicia, en 1991 con la sentencia *Francovich y Bonifaci*¹⁰⁹ de la responsabilidad patrimonial del Estado que incumple el Derecho de la Unión.

¹⁰⁶ Sentencia de 30 de abril de 1996, *CIA Security International*, C-194/94, Rec. 1996 p. I-2201.

¹⁰⁷ Sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Unilever*, C-443/98, Rec. 2000 p. I-7535; Sentencia de 6 de junio de 2002, *Sapod Audic*, C-159/00, Rec. p. I-5031; sentencia de 21 de abril de 2005, *Lindberg*, C-267/03, p. I-3247; sentencia de 8 de septiembre de 2005, *Lidl Italia*, C-303/04, Rec. 2005, p. I-7865; sentencia de 8 de noviembre de 2007, *Schwibbert*, C-20/05, Rec. 2007, p. I-9447.

¹⁰⁸ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. 2005, p. I-9981; Sentencia de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci*, C-55/07, Rec. 2010 p. I-365.

¹⁰⁹ Sentencia de 13 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90, *Francovich y Bonifaci*, Rec. 1991, p. 5403.

C) La responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la UE

Cuando el Tribunal de Justicia estableció el principio de responsabilidad del Estado miembro por incumplimiento del Derecho de la UE por parte de un Estado miembro en 1991 parecía colmar una laguna en la protección de los particulares, cuando faltaba el efecto directo.

La sentencia *Brasserie de Pêcheur y Factortame III* en 1996¹¹⁰ modificaría esta percepción, pues la responsabilidad del Estado existe aún en el caso de que la disposición de Derecho de la UE pueda producir efecto directo, y se configura como sancionadora para el Estado por su incumplimiento y garantista para el particular, que en todo caso podría ser resarcido del daño originado por el incumplimiento del Estado.

En su jurisprudencia¹¹¹ en esta materia el Tribunal irá precisando que debe tratarse de una violación del Derecho de la UE por el Estado miembro suficientemente caracterizada, que supone una violación clara y grave de una obligación derivada del Derecho de la UE, pero el propio Tribunal señala que no es necesaria la existencia de una sentencia previa declarativa del incumplimiento del Estado.

¹¹⁰ Sentencia de 5 de marzo de 1996, C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du Pêcheur y Factortame III*, Rec. 1996, p. 1029.

¹¹¹ Entre otras, vid., sentencia de 13 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90, *Francovich y Bonifaci*, Rec. 1991, p. 5403; sentencia de 5 de marzo de 1996, C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du Pêcheur y Factortame III*, Rec. 1996, p. 1029; sentencia de 26 de marzo de 1996, C-392/93, *British Telecommunications*, Rec. 1996, p. 1631; sentencia de 23 de mayo de 1996, C-5/94, *Lomas*, Rec. 1996, p. 4845; Sentencia de 8 de octubre de 1996, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, *Dillenkofer et al.*, Rec. 1996, p. 4845; sentencia de 13 marzo 1997, C-358/95, *Morellato*, Rec. 1997, p. 1431; sentencia de 10 de julio de 1987, C-94/95 y C-95/95, *Bonifaci et al./Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Rec. 1997, p. 4006; sentencia de 10 de julio de 1997, C-261/95, *Palmisani./Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Rec. 1997, p. 4037; sentencia de 10 julio 1997, C-373/95, *Maso y Gazzetta/INPS y República Italiana*, Rec. 1997, p. 4062; sentencia de 1 de junio de 1999, C-302/97, *Konle/ Austria*, Rec. 1999, p. 3099; sentencia de 13 junio 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, Rec. 2006, p. I-5177; sentencia de 19 de abril de 2007, C-356/05, *Farell*, Rec. 2007, p. I-3067; sentencia de 18 julio 2007, C-119/05, *Lucchini*, Rec. 2007, p. I-6199; sentencia de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, Rec. 2010, p. I-635; sentencia de 25 de noviembre de 2010, *Fuß* (C-429/09, Rec. 2010, p. I-12167; sentencia de 9 de diciembre de 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a.*, C-568/08, Rec. 2010, p. I-12655; sentencia de 19 de mayo de 2011, *Iaia e.a.*, C-452/09, aún no publicada en la Recopilación.

La norma infringida debe otorgar derechos a los particulares (la expresión derechos la entiende el Tribunal en sentido amplio, abarcaría también intereses del particular) que deben poder ser definidos sobre la base de las disposiciones de Derecho de la UE, y por último debe haber una relación causal entre la infracción cometida por el Estado y el perjuicio sufrido por el particular.

Si se reúnen esos tres requisitos se genera la responsabilidad del Estado, y la jurisprudencia del TJUE contempla no sólo la responsabilidad de la Administración, que es un régimen conocido en el ordenamiento de muchos Estados miembros, sino también la responsabilidad del Estado legislador¹¹² e incluso la del poder judicial¹¹³, aunque la reparación correspondería al poder ejecutivo.

Y este reconocimiento, por la vía prejudicial, de la posibilidad de que se produzca un incumplimiento del poder judicial, que genere la responsabilidad del Estado miembro por incumplimiento del Derecho de la UE, como fue el asunto Köbler, ha venido a colmar una laguna en la protección de los particulares, pues hasta el momento la Comisión, en estos casos, al menos hasta ahora, nunca ha iniciado contra el Estado miembro el procedimiento de incumplimiento del Derecho de la UE, ya que en el asunto Cohn-Bendit¹¹⁴, ante la clara negativa del Consejo de Estado francés a plantear una cuestión prejudicial, que hubiera supuesto el reconocimiento de la eficacia directa de las directivas, la Comisión se limitó a dirigir una carta el 7 de marzo de 1979 al Gobierno francés manifestando su inquietud por esta decisión y por las consecuencias que tendría, pero no inició el procedimiento que llevaría al recurso de incumplimiento.

Las reglas de procedimiento aplicables para exigir responsabilidad serán, en principio, las vigentes en cada Estado miembro, pero el Tribunal establece dos condiciones: no pueden ser más desfavorables cuando se trate de responsabilidad por infracción del Derecho de la UE que cuando lo es por infracción del

¹¹² Sentencia de 5 de marzo de 1996, C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du Pêcheur y Factortame III*, Rec. 1996, p. 1029.

¹¹³ Sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, *Köbler*, Rec., p. I-10239.

¹¹⁴ Sentencia del Consejo de Estado francés de 22 de diciembre de 1978, *Cohn-Bendit*. R.T.D.E., 1979, p. 169.

Derecho nacional,¹¹⁵ y en todo caso el procedimiento nacional no puede hacer imposible o muy difícil el ejercicio del derecho a indemnización¹¹⁶.

Aunque el Estado miembro carezca de normas referidas a responsabilidad para su derecho interno, debe sin embargo establecerlas y aplicarlas (en este caso se podría hacer por semejanzas con el régimen de la responsabilidad dentro del propio Derecho de la UE) para los daños causados por infracción del Derecho de la UE. A la inversa, el propio Tribunal ha señalado en su sentencia *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a.*¹¹⁷, que, en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables, los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización siempre que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido. A falta de disposiciones de la Unión en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar y cuantificar los daños derivados de una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

Por tanto se establece claramente, en caso de incumplimiento de obligaciones derivadas del Derecho de la UE, la responsabilidad tanto del Legislador estatal como del autonómico, así como la del Gobierno del Estado y del Consejo de gobierno autonómico y de las distintas entidades del poder judicial. En el Derecho español, la referencia a la responsabilidad del legislador la podemos encontrar, en alguna medida, en el apartado 3 del art. 139 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹¹⁸, pero en lo que no abarque esa disposición se podría,

¹¹⁵ Sentencia de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, Rec. 2010, p. I-635); sentencia de 25 de noviembre de 2010, Fuß (C-429/09, Rec. 2010, p. I-12167.

¹¹⁶ Recientemente, sentencia de 19 de mayo de 2011, Iaia e.a., C-452/09, aún no publicada en la Recopilación.

¹¹⁷ Sentencia de 9 de diciembre de 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a.*, C-568/08, Rec. 2010, p. I-12655, fundamento jurídico 92.

¹¹⁸ Artículo 139. Principios de la responsabilidad. "...3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos".

bien aplicar la jurisprudencia *Brasserie de Pêcheur* y *Factortame III*, y hacerlo por analogía.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de junio de 1999¹¹⁹ en el asunto *Konle*, ha establecido que la reparación patrimonial del daño le corresponde a la autoridad interna autora de la infracción al Derecho de la UE y no necesariamente a los órganos centrales del Estado, como sería el caso en el ámbito del Derecho Internacional.

En España, no sería de aplicación en el caso de vulneración del Derecho de la UE, la norma contenida en el art. 139.2 de la Ley 30/1992¹²⁰, que exige la individualización del incumplimiento para que se genere la responsabilidad, pues fue expresamente descartado en 1996 en la sentencia ya citada *Brasserie de Pêcheur-Factortame III*.

En cuanto al plazo para reclamar responsabilidad, en derecho español, según el art. 142.5 de la Ley 30/1992 es el de un año.

En la jurisprudencia del TJUE en un primer momento, con la sentencia *Emmot*¹²¹, parecía que el plazo no comenzaba a correr hasta que el Derecho nacional se hubiera adaptado al Derecho de la UE. Pero se trataba de un caso, donde de no hacer esa afirmación las demandantes no hubieran podido ejercer ninguna reclamación.

Posteriormente el Tribunal ha matizado esta jurisprudencia, y en sus sentencias *Fantask* en 1997¹²² y *Edis*¹²³ en 1998 ha reconocido la compatibilidad con el Derecho de la UE de la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para reclamar (en ese caso se trataba de cantidades indebidamente pagadas) en interés de la seguridad jurídica que protege tanto al contribuyente como a la Administración de que se trate, aún cuando al interponer el recurso el Derecho nacional aún no se hubiera adaptado al Derecho de la UE.

¹¹⁹ Sentencia de 1 de junio de 1999, C-302/97, *Konle*/Austria, Rec. 1999, p. 3099.

¹²⁰ Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE n° 285 de 27 de noviembre de 1992, reiteradamente reformada, siendo de 2012 la última.

¹²¹ Sentencia de 25 de julio de 1991, C-208/90, *Emmot*, Rec. 1991, p. 4269.

¹²² Sentencia de 2 de diciembre de 1997, C-188/95, *Fantask*, Rec. 1997, p. 6783.

¹²³ Sentencia de 15 de septiembre de 1998, C-231/96, *Edis*, Rec. 1998, p. 4979.

Queda por ver, sin embargo, si un año es considerado un plazo razonable, pues para ejercer la misma acción dentro del Derecho de la UE el plazo fijado es de cinco años.

D) El control por el Estado del cumplimiento del Derecho de la UE por las Comunidades Autónomas

Si la aplicación del Derecho de la UE por los Estados miembros se rige por el principio de autonomía institucional de los mismos, y el Derecho de la UE respeta la estructura interna de sus Estados miembros, esto tiene como contrapartida la aplicación de un principio de Derecho Internacional, y es que los incumplimientos de las subdivisiones políticas que pueda tener el Estado se le imputan a él en el plano internacional y de la UE, aunque como se ha señalado, la reparación patrimonial del daño corresponda a la autoridad interna que cometió la infracción¹²⁴.

Para el TJUE, es indiferente la institución que cometa la infracción dentro del Estado¹²⁵, todas las Instituciones con competencia para aplicar el Derecho de la UE deben cuidar de que así sea¹²⁶.

Aunque las Constituciones de algunos Estados miembros mencionan el deber de lealtad de las subdivisiones políticas del Estado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la UE, la Constitución española de 1978 no contempla siquiera el problema¹²⁷, aunque con base en sus preceptos quepan algunas soluciones.

¹²⁴ Sentencia de 1 de junio de 1999, C-302/97, Konle/ Austria, Rec. 1999, p. 3099.

¹²⁵ Sobre los mecanismos de prevención de las infracciones autonómicas y locales del Derecho de la UE así como los instrumentos de repercusión de las eventuales consecuencias financieras derivadas de tales infracciones a la Comunidad Autónoma o ente local responsable, de los que dispone actualmente el Estado en el Derecho español, vid. el *Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, de 15 de diciembre de 2010 del Consejo de Estado español, <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>, p. 77 y ss.

¹²⁶ Ya se ha señalado el incumplimiento de Italia por una de sus regiones, sentencia de 4 de marzo de 2010, Comisión/Italia, C-297/08, Rec. 2010 p. I-1749.

¹²⁷ MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ...*, Op. cit., p. 499, señalan que ante el silencio que en este punto guardan tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha construido el "principio de cooperación leal" en una interpretación sistemática de la Constitución.

El incumplimiento de la Comunidad Autónoma puede ser por inactividad o por aplicación incorrecta o incompleta¹²⁸.

Si se trata de inactividad o de ejecución incompleta, cabría recurrir al Derecho estatal como supletorio (suponiendo que existiera esa normativa) del Derecho autonómico, considerando los arts. 93 y 149.1.3 CE. Aunque el Consejo de Estado español, en su completo y extenso *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*¹²⁹, de 14 de febrero de 2008, descarta la entrada en juego de la cláusula de supletoriedad y se muestra partidario de un poder sustitutorio del Estado, una vez transcurrido el plazo para la transposición del Derecho de la UE, sólo para las Comunidades autónomas que incumplan, y eficaz y aplicable hasta que éstas cumplan tardíamente¹³⁰. Se podría también recurrir al Tribunal Constitucional planteando un conflicto de competencias para que éste Tribunal exija la actuación autonómica¹³¹.

En el caso de aplicación incorrecta, también habría que recurrir a los tribunales, art. 153 CE. Los tribunales nacionales deberían constatar el incumplimiento y la norma autonómica pasaría a ser inaplicada, por la propia autoridad del juez nacional¹³², pero no se eliminaría la contradicción entre Derecho autonómico y Derecho de la UE, ni la necesidad de adecuar el Derecho autonómico al Derecho de la UE.

La aplicación del Derecho de la UE por las Comunidades Autónomas puede también plantear problemas de diversidad de resultados entre ellas, y

¹²⁸ Sobre los distintos instrumentos de que dispone el Estado para canalizar la responsabilidad de las Comunidades Autónomas que incumplen el Derecho de la UE en España, MARTÍN Y PÉREZDENANCLARES, J., "Comunidades Autónomas y Unión Europea...", Op. cit., p. 82

¹²⁹ Disponible en <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>.

¹³⁰ Sobre este planteamiento, y el *Informe* en general, vid. ALONSOGARCÍA, R., "La inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 2008)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 29, enero-abril 2008, pp. 11 y 12.

¹³¹ Sobre las distintas posibilidades que, al menos en hipótesis, ofrece el ordenamiento español para evitar las infracciones autonómicas y locales del Derecho de la Unión Europea vid. el tan citado *Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario*, de 15 de diciembre de 2010 del Consejo de Estado español, <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>, p. 209 y ss.

¹³² Sentencia de 9 de marzo de 1978, 106/77, Simmenthal, Rec. 1978, p. 629; sentencia de 22 de octubre de 1998, C-10/9, Ministero delle Finanze / IN.CO.GE.'90 e.a., Rec.1998, p.I-6307; sentencia de 20 de octubre de 2011, Interedil C-396/09, aún no publicada en la Recopilación; sentencia de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics UK, C-18/11, aún no publicada en la Recopilación.

sería posible recurrir a una armonización legislativa interna, en virtud del art. 150.3 CE.

Por último queda el art. 155 CE con el cumplimiento forzoso, pero requiere condiciones tan estrictas para su aplicación que lo hacen poco probable.

Como consideración final cabe señalar que ya que la Constitución de 1978 tuvo en cuenta la futura adhesión de España a las Comunidades Europeas, e incluyó el art. 93 CE, y dado que ya se diseñaba la estructura del Estado de las Autonomías, no habría estado de más alguna disposición que contemplara de manera específica, las controversias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en ambos sentidos, en la aplicación del Derecho de la UE¹³³.

A falta de solución expresamente recogida en el texto Constitucional, en 2010 el Consejo de Estado ha sugerido la aprobación de una ley, por el procedimiento de ley ordinaria, para la garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea en la que, de modo unitario, se regulen tanto los medios de prevención y reacción frente al incumplimiento del ordenamiento europeo como los mecanismos de repercusión de la responsabilidad del Estado en los entes incumplidores, estimando que el artículo 149.1.3a de la Constitución, puesto en relación con su previo artículo 93, ofrece fundamento constitucional suficiente para la aprobación de una ley de las características indicadas¹³⁴. Esta sugerencia, que facilitaría el cumplimiento del Derecho de la UE por el Estado español, no ha sido aún asumida por ninguno de los gobiernos que desde entonces han ejercido el poder en España.

¹³³ En el mismo sentido y de cara a una futura reforma, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Comunidades Autónomas y Unión Europea . . .", Op. cit., p. 82.

¹³⁴ Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario, de 15 de diciembre de 2010, <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>, p. 323-324.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y “TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES” EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO *

Francisco Javier Ansuátegui Roig**

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

La primera cuestión que merece ser analizada es la que se refiere al marco de referencia del problema que pretendo plantear en esta reflexión. Ese marco viene constituido por el *constitucionalismo europeo*. Parece evidente que la pregunta sobre el constitucionalismo europeo (¿existe un constitucionalismo europeo?), y la respuesta que en su caso se pueda ofrecer, está condicionada tanto por la experiencia histórica europea, como por algunas dimensiones teóricas. Como es sabido, en Europa asistimos al fracaso del proyecto del Tratado por el que establecía una Constitución para Europa (2004). No procede en este momento volver a la discusión sobre si aquel Tratado contenía una auténtica Constitución o sobre las razones que permiten comprender su rechazo a partir de lo ocurrido en los correspondientes referendos en Francia y en los Países Bajos. En todo caso, lo que parece poco discutible es que, en su caso, un supuesto “constitucionalismo europeo” no puede tener por ahora como referencia una Constitución escrita, que en este caso no existe como tal, a diferencia de lo que suele ocurrir en los Estados. En relación con las dimensiones teóricas, éstas nos van a permitir identificar los aspectos básicos del constitucionalismo para concluir –en su caso– si se puede vincular a la realidad jurídica y política europea.

* Intervención en el III Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid sobre *Perspectivas actuales en la aplicación del Derecho* (22 de noviembre de 2012). La presente investigación se desarrolla en el marco de los proyectos Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”. CSD2008-00007, y “Los derechos humanos en el s. XXI. Retos y desafíos del Estado de Derecho global” (DER2011-25114), Plan Nacional de I+D+I, Ministerio de Ciencia e Innovación.

** Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid.

De manera muy breve, podemos recordar que el constitucionalismo asume como elemento justificativo básico la necesidad de limitar al Poder en tanto en cuanto éste presenta una capacidad teórica y práctica de poner en peligro la libertad de los sujetos. A partir de ahí se desarrolla una compleja articulación de mecanismos jurídicos que están llamados a hacer efectiva la limitación del Poder. Entre esos mecanismos ocupa una posición privilegiada la Constitución. Además, conviene recordar que si bien en un primer momento se puede pensar en que el Poder que está llamado a ser limitado es el del Estado –entendido como autoridad política de referencia al menos en el mundo occidental y en determinados contextos– lo cierto es que cualquier dimensión del Poder –concebido como aquella situación en la que un individuo, un grupo de individuos o una institución puede condicionar de manera efectiva los comportamientos ajenos–, es merecedora de atención por parte del constitucionalismo¹.

De acuerdo con lo anterior, no todo Estado con Constitución es un Estado constitucional. La Constitución del constitucionalismo es particular tanto desde el punto de vista formal (garantizada) como desde el punto de vista sustancial (contenidos). Como es sabido, una de las referencias históricas que nos permiten entender el sentido del constitucionalismo, y de su Constitución, es el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toute Société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.

Esta sumaria caracterización nos va a permitir valorar la existencia en Europa de un escenario genuinamente constitucionalista, más allá de la existencia o no de una norma que explícitamente se presente como una Constitución

Es cierto que la cuestión de la existencia o no de una Constitución Europea (pienso ahora en el escenario de la Unión Europea) ha centrado el interés de la doctrina². Así, por ejemplo, Araceli Mangas ha defendido la tesis según

¹ El constitucionalismo social, el de Derecho privado, el global, de los que habla Ferrajoli tienen sentido así. Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2. *Teoria della democrazia*), Laterza, Bari, 2007, pp. 82-87.

² Sobre la cuestión, entre la muy abundante bibliografía, puede consultarse CARBONELL, M., SALAZAR, P. (eds.), *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004 (contiene trabajos de Häberle, Habermas, Ferrajoli y Vitale); DIEZ-PICAZO, L. M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002; FICH, Ch., HUMLEBÆK, C., JUST, S. N., LONNING, E., MÜLLER, H. H., “Legitimidad del poder supranacional: ¿una Constitución Europea?”, en BARON, I., FICH, Ch., HERSLUND, M. y LORENZO, M. P. (eds.), *De Leviatan a Lisboa. Camino del Constitucionalismo Europeo*, CEPC. Madrid, 2012, pp. 151-195; ERIKSEN, E. O.,

la cual en realidad el proceso de integración europea ha incluido desde hace decenios una Constitución material: "La integración europea siempre se ha articulado mediante un conjunto de normas bien precisas y completas que articulan el ejercicio de las competencias por unas instituciones con atribuciones sustantivas importantes y de trascendencia jurídica, económica y social para los ciudadanos y las empresas. Además, siempre ha dispuesto de un sistema de protección jurisdiccional frente a los actos de las instituciones comunitarias (...). Hablar de constitución material con un valor convenido ha sido una práctica científica y jurisprudencial consciente desde hace decenas de años y no una mera concesión teórica"³.

No obstante, creo que en Europa existen importantes condicionantes a la hora de considerar la existencia de un constitucionalismo, o al menos de un constitucionalismo pleno. Y tienen que ver con la efectiva (o, más bien, con la ausencia de efectiva) participación del demos. Me estoy refiriendo al tantas veces teorizado "déficit democrático" del proyecto europeo⁴. La exigencia de participación efectiva de la ciudadanía en procesos de toma de decisiones colectivas esenciales, no es un postulado meramente político. Es más, podríamos considerar que es una exigencia práctica y conceptual. En efecto, puede afirmarse que existe una relación conceptual ente tres conceptos: Estado de Derecho, democracia y derechos. Los tres se implican respectivamente. Así, la Constitución del constitucionalismo, la Constitución de los derechos sólo es posible en democracia. Y la democracia implica conceptualmente participación. No deja de llamar la atención en este sentido que en el único caso en el que se ha sometido la aprobación de un tratado (precisamente aquel que contenía un proyecto de Constitución para Europa) a consulta popular, ha sido rechazado. Creo que esta realidad debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar no sólo la existencia de una Constitución, sino -antes- de un escenario genuinamente constitucionalista en el que la norma constitucional pudiera tener sentido.

FOSSUM, J. E., MENENDEZ, A. J., *Developing a Constitution for Europe*, Routledge, London-New York, 2004.

³ MANGAS MARTIN, A., "Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales", en MANGAS MARTIN, A. (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 55.

⁴ Vid. ANSUATEGUI ROIG, F. J., "Constitucionalismo y Constitución Europea", ANSUATEGUI ROIG, F. J., LOPEZ GARCIA, J. A., DEL REAL ALCALA, A., RUIZ RUIZ, R. (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005 (pp. 219-251).

En todo caso, la existencia de un constitucionalismo europeo cobraría pleno sentido como manifestación de la dinámica constitucionalista, que incluye una innegable tendencia expansiva⁵. Esa tendencia expansiva, que hunde sus raíces en el cosmopolitismo del proyecto ilustrado, sería una directa manifestación de la afirmación de la universalidad de los derechos: la universalidad de los derechos (no se entienda que aquí se asume que la afirmación de la misma es pacífica e indiscutida) implicaría una ampliación sucesiva de los marcos políticos y jurídicos –los del constitucionalismo democrático– en los que aquellos pueden ser operativos.

Pues bien, el núcleo de cualquier proyecto constitucionalista debe estar constituido por un determinado discurso en relación con los derechos. Ello explica por qué posteriormente tomaré como referencia el contenido de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Por otra parte, es conveniente mostrar aquí, aunque sea básicamente, la comprensión de la aplicación del Derecho que se asume en estas reflexiones. Y adelanto que no creo que la aplicación pueda reducirse de manera exclusiva a la aplicación judicial del Derecho. Es cierto que durante mucho tiempo, cuando los juristas hemos elaborado la teoría de la aplicación del Derecho nos hemos centrado en la aplicación judicial del Derecho. Pero posiblemente hay razones para recelar de una visión de la aplicación que se reconduce de manera exclusiva a la figura del juez. Aplicar normas es adecuar comportamientos reales a los modelos de conducta previstos en la norma. Si eso es así, y desde el momento en que la aplicación del Derecho evidentemente tiene mucho que ver con su eficacia, podríamos considerar que cumplir normas es aplicarlas: cuando se adecúa el comportamiento al modelo de conducta, se está aplicando la norma. Pues bien, nuestra experiencia jurídica básica nos demuestra que no todo cumplimiento de la norma implica necesariamente una intervención del juez. Su actuación se circunscribe a aquellos casos en lo que existe conflicto –que puede obedecer a varias razones– en relación con el cumplimiento o con la interpretación de la norma, y por tanto en relación con su aplicación en un

⁵ Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias” en VVAA, *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2008, pp. 73-104.

primer momento. En este sentido, posiblemente sería interesante proceder a una cierta "desjudicialización" de la teoría de la aplicación del Derecho.

Más allá de lo anterior, interesa señalar cual es la posición que tiene la aplicación en la dinámica jurídica. De la misma manera que podemos estar acostumbrados a concebir la aplicación en términos de aplicación judicial del Derecho, también lo podemos estar a entender que producción, interpretación y aplicación del Derecho son procesos separados e independientes. Sabido es que esta comprensión hunde sus raíces en una consideración exegética de la aplicación e interpretación de las normas, entre otras cosas. Estamos frente a una larga tradición de pensamiento que aún condiciona en muchas ocasiones nuestra forma de ver las cosas en este ámbito.

Pero parece que es preferible una explicación alternativa. En este sentido, Kelsen se encargó de llamar la atención respecto a la dificultad de diferenciar producción y aplicación del Derecho. En efecto, en una concepción del Derecho que ha superado la caracterización rousseauiana de las normas a partir de su generalidad y abstracción⁶, para Kelsen la producción de normas es al mismo tiempo aplicación de la norma superior: "Una norma que determina la producción de otra, es aplicada en la producción por ella determinada de la otra norma. Aplicación del Derecho es de consuno producción del Derecho"⁷; "todo acto de producción del Derecho tiene que ser un acto de aplicación del Derecho"⁸; "que la creación jurídica es al mismo tiempo aplicación del Derecho, es una consecuencia inmediata de que cada acto de creación jurídica tiene que hallarse determinado por el orden jurídico"⁹. La vinculación entre producción y aplicación condiciona directamente la teoría de la creación del Derecho, procediéndose a una reconsideración del papel que tradicionalmente ha desempeñado el juez en ella: "La teoría surgida en el terreno del *common-law* anglonorteamericano, de que sólo los tribunales producen derecho, es tan unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho,

⁶ "... también las normas jurídicas individuales pertenecen al derecho, son tan parte integrante del orden jurídico como las normas generales con base en las cuales han sido producidas", KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de la segunda edic. en alemán por R. J. Vernengo, UNAM, 1982, p. 242.

⁷ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 244.

⁸ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 245.

⁹ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, 1983, p. 158.

sino sólo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquella, que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino. Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción del Derecho¹⁰.

Más allá de la discusión sobre la existencia de un constitucionalismo europeo, lo cierto es que, en su caso, cualquier consideración del mismo debe atender a la centralidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la que, tras un largo y azaroso proceso, se le ha reconocido el mismo valor jurídico que los Tratados¹¹. El contenido de la Carta nos ofrece algunos datos que pueden ser interesantes desde el punto de vista de la Teoría del Derecho. En realidad, el desarrollo jurídico del proceso de integración europea ofrece perfiles muy interesantes al respecto, ya que incide de manera central en algunos aspectos básicos, como son los que tienen que ver con la teoría de la producción normativa, con la dinámica interna del Ordenamiento, con la distinción entre reglas y principios, o con la posición que ocupan los jueces en el sistema. Como es sabido, en relación con los derechos y con su reconocimiento la acción del Tribunal de Justicia ha sido esencial.

Pues bien, en lo sucesivo me voy a centrar en algunas dimensiones de la Carta que son de especial interés para una teoría de la aplicación del Derecho (que, como señalé anteriormente, es difícilmente distinguible con nitidez de una teoría de la producción normativa). Me refiero al papel que juega la alusión a las *tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*. Ciertamente, esta no es la única cuestión relevante desde el punto de vista de la teoría del Derecho o, si se prefiere, más en particular, de la teoría de los derechos.

¹⁰ Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 263.

¹¹ Art. 6.1 TUE: "La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados".

El título VII de la Carta contiene las "Disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta". En el art. 52.4 se señala que "en la medida en que la presente Carta reconozca los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones". Anteriormente, en el Preámbulo de la Carta ya se incluye una referencia a estas tradiciones: "La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Por otra parte, el art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea establece que "Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales". Por su parte, el art. 6.1 se refiere al reconocimiento de los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta, que "tendrán el mismo valor jurídico que los Tratados".

En realidad, la alusión a las tradiciones no es excepcional en los textos europeos y, además, no se circunscribe sólo a aquellas cuestiones que tienen vinculación más o menos directa con los derechos y las libertades. Efectivamente, en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea encontramos diversas referencias: Así, en el Preámbulo del TUE se incluye el deseo de la UE de "acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones". El art. 13 del TFUE establece: "Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional". En el art. 62 TFUE se afirma: "La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad

y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros". Y en el art. 82 TFUE se establece que las normas mínimas que pueden dictar el Parlamento y el Consejo para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, "tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros".

En realidad, la introducción de la alusión a las tradiciones constitucionales comunes en el discurso sobre los derechos ha sido el resultado de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. De la misma manera que ha sido el Tribunal de Justicia el que ha articulado una protección pretoriana de los derechos, desde el momento en que en los Tratados Constitutivos¹² no se incluían referencias a los derechos y tampoco preveían un sistema de derechos. Hay que esperar hasta finales de los años 60 para encontrar una serie de sentencias en las que se señala que los derechos forman parte de los principios del Derecho comunitario. En efecto, el Tribunal, a través de su argumentación en casos concretos, ha ido estableciendo afirmaciones generales que han constituido los pilares del futuro sistema de derechos del proyecto europeo.

La sentencia recaída en el caso *Stauder*¹³ inicia, en 1969, la protección de los derechos en el ámbito de las Comunidades. Y lo hace cuando se refiere a "los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia". Esta línea continúa con la decisión del caso *Internationale Handelsgesellschaft* (1970)¹⁴ en donde se afirmaba, en la línea de la anterior, que "...la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este tribunal de Justicia". Pero en este caso, se introduce la alusión a las Tradiciones Constitucionales Comunes: "... la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad". En el caso *Nold* (1973)¹⁵ el

¹² Tratado de París, constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (1951), Tratados de Roma, constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1957).

¹³ STJ de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69, *Erich Stauder c. la villa de Ulm-Solzalamt*.

¹⁴ STJ de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft Mbh c. Einfuhr-Und Vorratsstelle Fuer Getreide Und Futtermittel*.

¹⁵ STJ de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold c. Comisión de las Comunidades Europeas*.

Tribunal afirma: "...los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal; (...) al garantizar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los países miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados; (...) los Tratados internacionales para la protección de los derechos humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han añadido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario".

Pues bien, me interesa analizar aquí las consecuencias de las repetidas alusiones a las Tradiciones Constitucionales Comunes en el marco del sistema de derechos de la UE (y por tanto, si se quiere, en el marco del constitucionalismo europeo); alusiones que, como se ha visto, son incluidas en la legislación tras haber tenido su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Creo que el concepto de "Tradición Constitucional Común" es interesante, ya que nos enfrenta al problema de la identificación del sentido de los conceptos abiertos o caracterizados por presentar una zona de penumbra importante. Por otra parte, desde el momento en que en el art. 6.3 TUE y en la jurisprudencia se afirma que las tradiciones constitucionales comunes constituyen el ámbito en el que se generan y adquieren sentido los derechos fundamentales (los derechos fundamentales forman parte de las tradiciones constitucionales comunes), se está reconociendo un cierto protagonismo -en un tema no menor- a dichas tradiciones dentro del sistema de fuentes, ya que para identificar los derechos, y su sentido, no va a ser suficiente con recurrir a la norma dictada por el legislador. Tenemos ante nosotros, por tanto, un muy interesante panorama en el que nos encontramos con vinculaciones entre creación y aplicación del Derecho, cuestiones que afectan directamente a la teoría de la producción normativa, y por tanto al problema de los límites del Derecho.

El discurso sobre la tradición tiene relevancia en el Derecho. No me estoy refiriendo necesariamente a las aportaciones de la Escuela Histórica del Derecho. La mera afirmación de la dimensión cultural del Derecho ya nos llama la atención sobre ello; por otra parte, podemos recordar que el sentido que el recurso a la historia, a los antecedentes, a la tradición, tiene en la construcción

de los criterios de interpretación de las normas, ya pensemos en Savigny o en el artículo 3.1 del Código Civil. Como es sabido, Savigny se refiere a cuatro criterios de interpretación: gramatical, lógico histórico y sistemático¹⁶; y el art. 3.1 del Código Civil, señala que las normas se interpretarán, entre otras cosas, de acuerdo con los “antecedentes históricos y legislativos”. En la caracterización del criterio histórico que nos ofrece Giovanni Tarello, se subraya la relevancia del recurso al sentido de la tradición: “dado un enunciado normativo, en ausencia de indicaciones contrarias expresas, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al enunciado normativo precedente y preexistente que regulaba la misma materia en la misma organización jurídica, o bien el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al enunciado normativo contenido en un documento clásico de otra organización”¹⁷.

Más en concreto, la noción de Tradición Constitucional Común es, como hemos visto, una creación del Tribunal de Luxemburgo. Pero el Tribunal no señala –lo cual no es de extrañar– el contenido de estas tradiciones, ni cuáles son. Se limita a establecer una relación entre tradiciones, principios y derechos, que adopta determinadas formas en función de los diferentes enunciados: la observancia de los derechos, “es parte integrante de los principios generales del Derecho”; la salvaguardia de los derechos, “se inspira” en las tradiciones constitucionales comunes; y de ahí, a la fórmula de la Carta: los derechos fundamentales son “resultantes” de las tradiciones constitucionales comunes.

Como ya he señalado, el recurso a las tradiciones constitucionales comunes afecta de manera directa tanto a la comprensión de la producción normativa (en el marco de la UE) como a la teoría de la interpretación de las normas, por lo menos de las normas de derechos fundamentales, desde el momento en que con dicho recurso se contribuye a configurar el marco de sentido en el que esas normas surgen y se interpretan. Por ello parece interesante plantearse la cuestión de la identificación de las tradiciones constitucionales comunes.

Creo que esto es especialmente relevante desde el momento en que se ha establecido, primero por el juez y luego por el legislador, una vinculación entre tradiciones constitucionales comunes y derechos fundamentales. La

¹⁶ Vid. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. de Mesia y Poley, Madrid, 1878, pp. 145 y ss.

¹⁷ TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán 1980, p. 368.

identificación de las tradiciones constitucionales comunes va a contribuir a una mayor visibilidad de los derechos. En este sentido, es interesante recordar que el Informe del Grupo de Expertos en materia de Derechos Fundamentales, conocido como el *Informe Simitis* (1999), en el que se establecían las bases del debate sobre la codificación de una Carta de derechos fundamentales¹⁸, llamaba la atención sobre la necesidad de que los derechos fueran visibles. En efecto, desde el momento en que el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos es imprescindible para que aquellos puedan desarrollar sus funciones, "es por tanto esencial proclamar y presentar tales derechos de manera que permitan a todos conocerlos y hacerlos valer. En otros términos, los derechos fundamentales deben ser visibles". Según este informe, no es suficiente con que los derechos estén ya recogidos en las distintas constituciones de los Estados miembros. Por otra parte, en aquel informe se llamaba la atención sobre la necesidad de evitar la dispersión de los derechos en diversos textos y el envío a textos internacionales y supranacionales. A la luz de este informe surge la cuestión de hasta qué punto el recurso a las tradiciones constitucionales comunes no supone una forma de reenvío, y hasta qué punto dicho recurso no dificulta la visibilidad de los derechos. Por ello, es importante identificar esas tradiciones.

Para ello, creo que es necesario, en primer lugar, plantear algunos problemas conceptuales en relación con la idea de tradición y en particular con la idea de tradición jurídica (de la que las tradiciones constitucionales comunes serían una manifestación); y, en segundo lugar, hacer referencia al contexto, europeo, en que esas tradiciones están llamadas a ser operativas.

El concepto de tradición es polisémico¹⁹. En concreto, "tradición jurídica" puede ser comprendida de diferentes maneras. Baldassare Pastore ha identificado cuatro²⁰: a) Proceso de transmisión y conservación del ordenamiento, producido por una estratificación temporal de materiales normativos diversos y de distinto origen, y, al mismo tiempo, conjunto de tales materiales estratificados y acumulados, que permanecen en el tiempo; b) Conjunto de conceptos,

¹⁸ *Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'unione europea: è tempo di agire*, Relazione del Gruppo di Esperti in materia di Diritti Fondamentali, Comisione Europea, D. G. V, Bruxelles, Febbraio, 1999.

¹⁹ Vid. RUGGERI, A., "Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea", *Ars Interpretandi*, 8/2003, p. 211.

²⁰ Vid. PASTORE, B., "Emergenze della tradizione nell'odierna esperienza giuridica", *Ars Interpretandi*, 8/2003, pp. 195 y ss.

de categorías jurídicas, de aparato dogmático, de instrumental representativo y expositivo para la comprensión del fenómeno jurídico, constituido a través de la secular elaboración por parte de la teoría y de la jurisprudencia; c) Práctica de aceptación por parte de quien participa en una tradición jurídica; y d) Sucesión de mediaciones interpretativas que tienen lugar entre la producción de un texto normativo hasta su aplicación: es un conjunto de significados elaborados y mantenidos por la “memoria jurisprudencial”.

En todo caso, la existencia e identificación de una tradición es el resultado de una interpretación, de una atribución de sentido, de textos y de prácticas; en definitiva, la tradición consiste en una determinada información²¹. La identificación de esas prácticas y esos textos va a ser definitiva a la hora de dotar de contenido a la tradición. Eso explica el hecho de que las tradiciones son indefinibles en su totalidad e incompletas²². Lo cual es también una consecuencia del hecho de que la selección de la información y de los datos que constituyen la tradición es una práctica arbitraria, no necesariamente neutral²³.

Estas dificultades no han impedido que la doctrina ofrezca una definición de tradición jurídica. Así, Merryman ha señalado que una tradición jurídica “... no es un conjunto de normas jurídicas sobre los contratos, las corporaciones y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre en algún sentido un reflejo de esa tradición. Es más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas sobre la naturaleza del Derecho, sobre el papel del Derecho en la sociedad y la política, sobre la mejor organización y funcionamiento de un sistema legal, y sobre la forma en que el Derecho es o debería ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la que es una expresión parcial. Sitúa el sistema legal en perspectiva cultural”²⁴.

Pero centremos nuestra reflexión en Europa o, si se prefiere, en la tradición jurídica occidental. Mauro Barberisse ha referido a la dificultad de identificar

²¹ Vid. GLENN, H. P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, trad. it. di S. Ferlito, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 43 y ss.

²² Vid. GLENN, H. P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, cit., p. 47.

²³ Vid. SOMMA, A., “Giochi senza frontiere. Diritto Comparato e tradizione giuridica”, *Ars Interpretandi*, 8/2003, p. 320.

²⁴ MERRYMAN, J. M., *The Civil Law tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 1969, p. 2.

elementos compartidos en un contexto cultural caracterizado por el universalismo y el pluralismo. Más allá de los rasgos que hoy presenta la sociedad europea (o las sociedades europeas), caracterizados por el pluralismo y la multiculturalidad progresiva, y que deberían tender a reflejarse en los ordenamientos jurídicos (precisamente debido al carácter democrático de éstos)²⁵, y de las diferentes comprensiones de lo jurídico que tienen que ver con las tradiciones del "Civil Law" y del "Common Law"²⁶, Barberis ha señalado que, en realidad existen diversas Europas y que, más bien, lo típicamente europeo es el escepticismo sobre su propia identidad²⁷. Es evidente que estas circunstancias dificultarían la búsqueda de elementos compartidos que permitieran hablar de una tradición jurídica occidental/europea. No obstante, en la doctrina existe alguna referencia que merece ser tenida en cuenta. Me estoy refiriendo a la propuesta de Harold Berman contenida en su libro *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*²⁸. En este libro, Berman caracteriza la tradición jurídica occidental a partir de determinados rasgos, algunos de los cuales son más fácilmente predicables de la tradición del civil law, mientras que otros lo son de la de common law²⁹: 1) distinción entre las instituciones jurídicas y otro tipo de instituciones. Supone la distinción analítica entre el Derecho y la moral, la religión o la política; 2) la administración de las instituciones jurídicas se atribuye a un grupo de profesionales, los juristas, especializados; 3) la formación de los juristas se lleva a cabo en centros especializados, a partir de un cuerpo doctrinal y un acervo bibliográfico específico y especializado; 4) la enseñanza del Derecho está relacionada con la formación de una doctrina, que lleva a cabo una labor de análisis y sistematización del Derecho; 5) el Derecho se concibe como un sistema integrado y coherente, como un "corpus" que se desarrolla a lo largo del tiempo; 6) ese corpus incluye mecanismos encaminados a su desarrollo y transformación; 7) el desarrollo del Derecho no obedece al azar, sino que tiene una lógica interna; 8) se afirma la supremacía

²⁵ Vid. BELVISI, F., "The «Common Constitutional Traditions» and the Integration of the EU", *Diritto & Questioni Pubbliche*, 6, 2006, pp. 21-37.

²⁶ Vid. GLENN, H. P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, cit., capt. V: "La tradizione giuridica di civil law. La centralità della persona" (pp. 221-292) y capt. VII: "La tradizione di common law. L'etica del giudizio" (pp. 377-454).

²⁷ Vid. BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 37.

²⁸ Harvard University Press, 1983. Existe trad. al castellano, por la que se cita: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. de M. Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

²⁹ Vid. BERMAN, H., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, cit., pp. 17-19.

del Derecho sobre la política; 9) y de la existencia, dentro de la comunidad, de diversas jurisdicciones; 10) tensión entre los ideales y las realidades, entre las dimensiones dinámicas y la estabilidad, lo que hace que aunque los sistemas jurídicos hayan podido ser derrocados por revoluciones, la tradición jurídica permanece, renovada por esas revoluciones.

Pienso que esta caracterización le permite a un jurista occidental autoidentificarse fácilmente. No obstante, Mauro Barberis ha llamado la atención sobre el hecho de que Berman, en el intento de ofrecer un cuadro comprensivo de la percepción de lo jurídico en el mundo occidental, no incluye una alusión a los derechos³⁰; si bien es cierto que la afirmación de la supremacía del Derecho sobre la política está en la base del constitucionalismo.

Pero en la jurisprudencia y en las normas europeas que hemos tomado como referencia inicial en esta reflexión no se habla de la tradición jurídica occidental, sino de las “tradiciones constitucionales comunes” a los Estados miembros. Por tanto, se trataría, en la tarea de identificación del contenido de las mismas, de ir más allá. La relación de Europa con los derechos es compleja. Es cierto que posiblemente una de las mayores contribuciones europeas a la historia del mundo consiste precisamente en un determinado discurso sobre los derechos y el Constitucionalismo³¹. La afirmación de que la Unión Europea es una “comunidad de Derecho”, en la que bajo la primacía del principio de legalidad, se alcanzan los objetivos a través del Derecho, es del Tribunal de Justicia³². Pero al mismo tiempo, Europa constituye el escenario en que la teoría y la práctica de los derechos ha sido despreciada de manera más seria.

La identificación de las tradiciones constitucionales comunes y la localización de lugar que ocupan los derechos en su interior requiere complejas operaciones hermenéuticas. Alessandro Pizzorusso se ha referido a ellas señalando algunos aspectos básicos de las mismas³³: hay que analizar los ordenamientos de los países miembros para identificar los principios que están en la base de los mismos; también sus antecedentes y los debates en torno a su formación y aplicación; de la misma manera, es necesario atender a su evolución, no sólo analizando de manera aislada las diversas historias constitucionales, sino

³⁰ Vid. BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, cit. p. 74.

³¹ Vid. BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, cit. p. 125.

³² Vid. STJ de 23 de abril de 1986, asunto 294/83, *Parti écologiste «Les verts» v. Parliament*.

³³ Vid. PIZZORUSSO, A., “Common Constitutional Traditions as Constitutional Law of Europe?”, *Sant’Anna Legal Studies*, Research Paper n°1, 2008, p. 10.

también en su relación con las otras historias constitucionales de los Estados miembros. Parece evidente que las anteriores operaciones hermenéuticas han de desarrollarse sin olvidar que las tradiciones constitucionales no son sino parte de tradiciones culturales más amplias que las trascienden y en las que adquieren sentido.

Evidentemente, la identificación de las tradiciones constitucionales comunes va a exigir el concurso del método comparado, que se va a encontrar con la dificultad de identificar lo "común". Y en este punto pareciera que puede existir un acuerdo en cuanto a las grandes afirmaciones, pero en el momento en que se profundiza en el análisis se observan diversas tradiciones constitucionales. Así, en plena consonancia con el sentido del constitucionalismo, podríamos afirmar que lo compartido es la voluntad de limitar el poder del Estado a través del establecimiento de condicionamientos jurídicos para el ejercicio de ese poder. Peter Häberle ha propugnado la progresiva construcción de un "Derecho constitucional Común Europeo" a partir de la existencia de principio comunes en los diferentes ordenamientos, a partir de los cuales se podría afirmar la centralidad de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho³⁴. Por su parte, Maurizio Fioravanti ha señalado que en el constitucionalismo europeo, entendido como un "proceso histórico orientado a generar una forma política dotada de Constitución"³⁵, se puede identificar una doble vocación, que permitiría explicar las tensiones internas del mismo (del constitucionalismo): por una parte, la tendencia dirigida a la construcción de límites al poder como forma de defender la autonomía y los derechos; de otra, la dirigida a facilitar la participación en ese poder. De ahí la tensión entre los dos movimientos del constitucionalismo: la resistencia y la participación³⁶. En otras ocasiones se ha querido identificar el núcleo de lo compartido en la alusión que en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea se hace a "la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables

³⁴ Vid. HÄBERLE, P. "Derecho Constitucional Común Europeo", en VVAA., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, PÉREZ LUÑO, A. E., (coord.), Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 187-223.

³⁵ FIORAVANTI, M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Bari, 2009, p. 135.

³⁶ Vid. FIORAVANTI, M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, cit., p. 150.

de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”, interpretada como “síntesis de la historia constitucional europea”³⁷.

Como acabo de señalar, la identificación de elementos compartidos convive con la conciencia de que no sólo hay tradiciones comunes, sino también tradiciones no comunes. En efecto, aunque en las Constituciones europeas hay una característica general y compartida que es la constituida por la limitación del poder a través del establecimiento de un marco jurídico, lo cierto es que ese acuerdo sobre la necesidad de limitar al poder esconde percepciones diversas respecto a conceptos como Estado de Derecho, derechos, democracia, que son precisamente aquellos sobre los que Häberle hace descansar el Derecho Constitucional Común Europeo. Estas discrepancias son, a su vez, expresión de diferencias en la *Weltanschauung*, en la concepción del mundo en la que descansan, que va a depender de los contextos del país y de la cultura política y jurídica específica³⁸. Creo, en este sentido, que es muy ilustrativa la descripción que Mauro Barberis hace de seis tensiones o disputas que caracterizan la cultura europea de los derechos.

En efecto, en su libro *Europa del Diritto*, Barberis dedica un capítulo a mostrar una serie de contradicciones a través de las cuales se ha ido desarrollando lo que podríamos considerar la tradición europea de los derechos, que jalonan su formación y evolución, y que necesariamente han de condicionar tanto las declaraciones y textos normativos futuros en materia de derechos, como su “atormentada aplicación”³⁹. El valor de estas contradicciones consiste, en mi opinión, en que muestran lo complicado que es encontrar líneas de continuidad, dinámicas permanentes en la evolución de los derechos, que están en el núcleo del constitucionalismo europeo y que por tanto están llamados a ocupar un lugar principal en las tradiciones constitucionales europeas:

1.- La *contradicción entre Burke y Paine* va más allá de una polémica en torno al significado político de la Revolución Francesa (y de su relación con la ame-

³⁷ HERSLUND, M., “Tradiciones y principios de las Constituciones Europeas”, en BARON, I., FICH, Ch., HERSLUND, M. y LORENZO, M. P., (eds.), *De Leviatan a Lisboa. Camino del Constitucionalismo Europeo*, cit., p. 19.

³⁸ Vid. BARON, I., HERSLUND, M., “El poder y los ciudadanos: los derechos en las Constituciones”, en BARON, I., FICH, Ch., HERSLUND, M. y LORENZO, M. P., (eds.), *De Leviatan a Lisboa. Camino del Constitucionalismo Europeo*, cit., pp. 21-25.

³⁹ Vid. BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, cit., capt. V: “Una discusión cosmopolita”, pp. 155-185.

ricana). Supone, además, el desencuentro entre una concepción tradicionalista inglesa y una concepción racionalista y universalista: los derechos vinculados a la historia, de la que surgen y de la que reciben su fundamento, y los derechos derivados del iusnaturalismo racionalista.

2.- El *contraste entre Bentham y los constituyentes franceses* implica diferentes posiciones respecto al discurso de los derechos. Si Bentham lo niega, a partir de una incomprensión del lenguaje de los derechos y de la inutilidad de su recepción jurídica, los constituyentes franceses reivindicaban el valor jurídico de las declaraciones. Estamos frente a dos formas de enfocar la relación entre derechos y Derecho.

3.- La *disputa entre Jellinek y Boutmy* es expresión de diferentes formas de identificar el origen histórico de las declaraciones de derechos, a partir de la referencia de la Declaración de 1789. De la misma manera, estamos ante dos formas de interpretar las relaciones entre los textos revolucionarios franceses con los norteamericanos y con los precedentes ingleses. Supone también una diferente interpretación de la influencia del factor religioso –en particular del protestantismo– en la génesis de los derechos.

4.- La *oposición entre derechos de libertad y derechos sociales* descansa en una contradicción que va más allá de la mera disputa ideológica. O, mejor dicho, es una disputa ideológica que supone diferentes discursos la distinta legitimidad de la reivindicación de estos dos tipos de derechos. Desemboca, en muchas ocasiones, en la afirmación de la falsedad de la tesis de que los derechos sociales son auténticos derechos, como los derechos de libertad. Por otra parte, supone una neta diferenciación de las funciones del legislador y del gobierno en la garantía de los derechos.

5.- La *tensión entre universalismo y particularismo* nos sitúa ante la contradicción entre diferentes concepciones de los derechos en relación con su fundamento, con su origen y con el peso que en el discurso tienen nociones como diferencia y diversidad. En el marco de esta tensión, se genera la crítica al eurocentrismo u occidentalismo con la que se intentan deslegitimar los discursos universalistas.

6.- Por fin, la *contradicción entre monoteísmo y politeísmo*, con la que se alude, de un lado, a aquellas comprensiones que consideran que los derechos constituyen sistemas normativos ordenados y coherentes, encaminados a la materialización de un principio, o de algunos principios, fundamentales; de otro,

a aquellas teorías según las cuales los derechos no son explicables aludiendo a esquemas ordenados y unidireccionales, sino más bien haciendo referencia a un conjunto de argumentos normativos, que no ocupan posiciones jerárquicas definitivas. Barberis señala que mientras que la teoría de la interpretación constitucional es monoteísta en este sentido, pues asume la unidad y la coherencia interna del sistema de derechos, la práctica de los tribunales (constitucionales e internacionales) se identificaría con el politeísmo.

Como ya he señalado, el valor de estas dicotomías, tal y como las presenta Barberis, reside en que nos ayudan a comprender la conflictividad interna de una tradición jurídica en la que los derechos ocupan un lugar importante. Es cierto que sin ellas no es comprensible la progresiva conformación del discurso de los derechos y su sentido actual. Pero al mismo tiempo ponen de relieve que ese discurso tiene poco de unidireccional y unívoco.

En definitiva, las reflexiones anteriores pueden ser demostrativas de las dificultades conceptuales e interpretativas que derivan de la introducción de la alusión a las tradiciones constitucionales comunes en el discurso de los derechos. Estas ocupan un lugar importante a la hora de señalar el origen del reconocimiento y protección de los derechos, de la misma manera que constituyen un marco interpretativo. Pero, como hemos visto, la afirmación del carácter común de determinadas tradiciones no es materia fácil e indiscutida.

Estamos, además, ante una noción que, construida por los jueces, contribuye a diseñar un sistema en el que éstos desempeñan un papel importante a la hora de definir los derechos de los ciudadanos europeos. El activismo de los jueces a la hora de construir un sistema de derechos en Europa nos revela los rasgos de una comprensión del Derecho que es relevante desde la perspectiva de la Teoría del Derecho: a) El protagonismo de los jueces en la producción del Derecho. Ese protagonismo puede depender de un determinado diseño institucional (está previsto en él) o puede depender de las insuficiencias o carencias del mismo. Este sería el caso europeo; b) La transformación del sistema de fuentes del Derecho como consecuencia de la introducción en el mismo del discurso sobre las tradiciones constitucionales comunes; c) La introducción del concepto de tradición constitucional común entre los criterios de reconocimiento del sistema de derechos obliga a llevar a cabo una labor de integración de la pluralidad para identificar lo común en las diferentes tradiciones cons-

titucionales. Lo cual obliga a un esfuerzo suplementario a la hora de señalar las referencias normativas últimas de la validez del sistema; d) Se produce una cierta circularidad entre las tradiciones constitucionales comunes y los ordenamientos jurídicos nacionales. Se ha hablado así, de una "comunitarización" de las tradiciones constitucionales nacionales y de una "constitucionalización" de las tradiciones constitucionales comunes⁴⁰: por una parte, las tradiciones nacionales son tenidas en cuenta por la jurisprudencia europea⁴¹, pero al mismo tiempo, esa jurisprudencia debe ser tenida en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el Derecho constitucional de cada país.

⁴⁰ Vid. RUGGERI, A., "Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea", cit. p. 226.

⁴¹ Un ejemplo referido a cómo las tradiciones nacionales (en este caso la alemana) pueden ser tomadas como referencia en la interpretación del Derecho europeo, puede encontrarse en el trabajo de JONES, J. "«Common Constitutional Traditions»: Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?", *Public Law*, 2004, Spring, pp. 167-187.

**SEGUNDA PARTE:
COMUNICACIONES**

LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER COMO NUEVO MECANISMO DE APLICACIÓN COERCITIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Rocío Yudith Canchari Canchari

Universidad Carlos III de Madrid

“Ningún cambio en la manera en que pensamos o actuamos podrá ser más decisivo que éste: debemos poner a las personas en el centro de todo lo que hagamos. No hay vocación más noble ni responsabilidad mayor que la de facilitar los medios a hombres, mujeres y niños, para que puedan vivir mejor”¹.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto actual, tras el fin de la Guerra Fría, se va consolidando un nuevo escenario internacional singularizado por la rápida multiplicación de los *nuevos* conflictos intraestatales, complejos y violentos, caracterizados por desarrollarse principalmente dentro de las fronteras de Estados *frágiles o fallidos*, contar con la participación de actores armados estatales y no estatales, cimentar nuevas identidades *religiosas, étnicas o tribales* que cuestionan el sentido de comunidad política compartida y tener como resultado a estos conflictos con un alto porcentaje de víctimas civiles afectadas por generalizadas y sistemáticas violaciones de derechos humanos, como nuevas amenazas a la paz y la seguridad internacionales².

En este nuevo orden mundial de corte hegemónico liderado por Estados Unidos, se incrementan los *nuevos* conflictos, donde se cometen los ataques más indiscriminados contra la población civil. Evidenciando la inactividad de Naciones Unidas (NU), que no supo reaccionar con eficacia ni a la altura de las

¹ ONU. Kofi ANNAN, Secretario General de Naciones Unidas (2000): “Nosotros los Pueblos”. *Informe del Milenio*.

² Cfr. CHANDLER, D., “The Responsibility to protect? Imposing the Liberal Peace”, en *International Peacekeeping*, Vol. 11, pp. 59-81.

circunstancias para frenar graves violaciones de derechos humanos en *Somalia* en 1993, *Ruanda* en 1994, *Srebrenica* en 1995 y *Kosovo* en 1999; y el fracaso absoluto del sistema de seguridad colectiva de NU, que puso en tela de juicio la adecuación de los medios utilizados por la comunidad internacional para hacer frente a la expansión de los *nuevos* conflictos armados, lo que, provocó un debate sobre cuestiones de principios, la responsabilidad de NU y los límites de la soberanía de los Estados parte³.

La cuestión de la *intervención militar* después de la experiencia de Kosovo es el punto más neurálgico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y las relaciones internacionales. A la que se han dado disímiles respuestas en estos últimos años, desde asegurar la implementación del desarme, actuar contra las nuevas amenazas emergentes, detener crisis humanitarias y proteger a las víctimas de los *nuevos* conflictos. Todas ellas reflejan en definitiva una idea central: en un orden internacional regido por ciertos valores y principios del DIDH existe una obligación de actuar por la que nadie hoy puede justificar con la soberanía abstracta del Estado y el principio de *no intervención* la pasividad ante violaciones graves de derechos humanos⁴.

La doctrina internacionalista pone de relieve que la soberanía más que un derecho absoluto es una noción instrumental y contingente, cuya validez depende de que sea una herramienta eficaz del Estado al servicio y responda a los intereses y necesidades de la población, y no un mero objeto o instrumento del Estado frente a la potencial acción de la comunidad internacional en defensa de los derechos más fundamentales de esa población⁵. Esa nueva redefinición de la soberanía como *responsabilidad* es la que da origen al *nuevo* concepto de la Responsabilidad de Proteger⁶.

En esa perspectiva, la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía Estatal (CIISE), impulsada por el gobierno de Canadá, se reunió en 2001. El resultado de esta reunión fue la publicación del *Informe* sobre la

³ Cfr. GARCÍA, R., "La responsabilidad de proteger: un nuevo papel para las Naciones Unidas en la gestión de la seguridad internacional" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2006), N° 11, p. 7, disponible en <http://www.reei.org>.

⁴ Cfr. REMIRO, A. y otros, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 1295.

⁵ Cfr. CARRILLO, J., "Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo", Tecnos, Madrid, 2004, pp. 185-186.

⁶ Cfr. THAKUR, R., "Humanitarian Intervention" en Weiss, T. y Sam, D. (eds.). *The Oxford Handbook of the United Nations*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 389.

Responsabilidad de Proteger (*RdP*) en diciembre del año 2001, donde el *nuevo* concepto de la *RdP* empezó a tomar auge, plantea la discusión de una forma innovadora, se centra en los cambios que se han producido en estas últimas décadas, la proliferación de los *nuevos* conflictos como nuevas amenazas a la paz y seguridad internacionales; cambiando así, el énfasis del derecho de los Estados a intervenir hacia la responsabilidad de los Estados de proteger a los ciudadanos contra atrocidades en materia de derechos humanos.

La *RdP* como *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva del DIDH aporta a la concreción del principio de la igualdad soberana en todas sus dimensiones, principio que a la luz de este ordenamiento internacional reconoce derechos, impone límites y exige responsabilidades⁷ en clave de asegurar una respuesta efectiva de los Estados que están obligados, individual y colectivamente, a proteger a sus poblaciones del *genocidio*, *crímenes de guerra*, *crímenes de lesa humanidad* y *limpieza étnica* en los *nuevos* conflictos armados. La *RdP* no se contradice con la soberanía ni con la igualdad entre los Estados, aunque, la *RdP* es una cuestión altamente polémica, porque cambia el enfoque de la discusión desde la legitimidad y legalidad de las intervenciones humanitarias hacia *los derechos de la población civil* en situaciones de los *nuevos* conflictos armados y, la responsabilidad del Estado y de la comunidad internacional de garantizar su protección⁸.

En esa *nueva* perspectiva de la *RdP*, la soberanía no sólo es un ejercicio de control sino que es un ejercicio de responsabilidad, tanto en las funciones internas como respecto a las obligaciones internacionales⁹ y, a la vez, la *RdP* en estos últimos tiempos se afianza como un *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva del DIDH en respuesta a las necesidades reales de las víctimas de los *nuevos* conflictos a través de la acción multilateral y colectiva por parte de la comunidad internacional, que en la práctica despliega una gama de medidas para responder, de manera oportuna y decisiva, en ese contexto plasmado desde una diplomacia enérgica hasta la imposición de sanciones y el uso de la fuerza como último recurso, como podemos evidenciar en “*la reciente intervención en*

⁷ Cfr. DÍAZ BARRADO, C., “La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2012), N° 24, p. 23, disponible en <http://www.reei.org>.

⁸ Cfr. WILSON, D., “Responsabilidad de proteger: De la teoría a la práctica” en *FRIDE 08/ Informe de Conferencia, Seminario, 9-10 de marzo de 2009*, p.2.

⁹ Cfr. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., “La responsabilidad de proteger: reflexiones sobre su fundamento y articulación” en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2006, p.289.

Libia, iniciada en marzo de 2011, constituye el primer caso en el que el Consejo de Seguridad ha aplicado explícitamente la doctrina sobre la responsabilidad de proteger para autorizar una intervención militar con fines de protección humana"¹⁰.

El nuevo concepto de la *RdP*, representa un gran avance de las tesis planteadas relativas a la protección de la población civil de violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos en los nuevos conflictos armados, ya que la *RdP* sitúa la seguridad de las personas en el epicentro de su estrategia, redefiniendo la noción clásica de soberanía por el de *soberanía como responsabilidad de proteger* a los civiles y evitar graves vulneraciones y atrocidades masivas¹¹. Este enfoque desde la perspectiva de la *responsabilidad para proteger* es de vital importancia en el estado actual de la cuestión, ya que pone el punto focal en la protección de las víctimas de los nuevos conflictos armados y su impacto sobre la seguridad humana, el DIDH y las relaciones internacionales¹².

En ese contexto la *RdP* se enfrenta a serios cuestionamientos por parte de algunos Estados que alegan que es el instrumento para servir a la agenda de occidente¹³. No obstante, la *RdP* como nuevo mecanismo de aplicación coercitiva del DIDH, como enfatiza el Profesor C. Díaz Barrado, se está abriendo camino en consonancia a la configuración e interpretación más contemporáneas que corresponden a los principios pilares de ese ordenamiento internacional; por un lado, desde la perspectiva teórica la *RdP* ha alcanzado un relevante grado de aceptación, tanto por parte de la doctrina internacionalista como por parte de los Estados y las Organizaciones internacionales y, por otro, la *RdP* no sólo está desplazando a *la intervención de humanidad*, sino que sobre todo, modifica la percepción jurídica de algunos principios tan esenciales como la soberanía de los Estados o la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. En ese peregrinaje, la *RdP* se consolida con la vocación de convertirse en *norma consuetudinaria*, al tiempo que adquiere un mayor significado práctico el concepto de comunidad internacional y resulta más necesaria la protección

¹⁰ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., "Intervención en Libia: la responsabilidad de proteger a debate", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (2011), N° 22, p.102.

¹¹ Cfr. Informe Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados..., *cit.*, pp. 15-16.

¹² Cfr. FREEMAN, A., "From the Right to Intervene to the Responsibility to Protect" en *Carnegie Council*, 4 de agosto de 2009, disponible en <http://www.cceia.org/education/002/lessons/hi>.

¹³ Cfr. WILSON, D., "Responsabilidad de proteger: De la teoría a la práctica" en *FRIDE 08/Informe de Conferencia*, ..., *cit.*, p. 10.

de los derechos humanos en los *nuevos* conflictos armados acorde a los paradigmas del DIDH¹⁴.

II. EL CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER EN EL CONTEXTO ACTUAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los postrimeros años del siglo XX se caracterizaron por la proliferación de situaciones de *nuevos* conflictos armados. En esa realidad podemos visibilizar las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos más extendidas e impunes, que han alcanzado proporciones epidémicas y que afectan principalmente a la población civil¹⁵. Como bien enfatiza E. Hobsbawn, la gran diferencia entre el S. XX y S. XXI es que: “*La guerra ya no transcurre en un mundo dividido en áreas territoriales bajo la autoridad de gobiernos legítimos que están en posesión del monopolio de los mecanismos del poder público y coerción*”¹⁶, sino han sido mucho más frecuentes en conflictos armados internos.

Los *nuevos* conflictos armados se expandieron rápidamente, como podemos evidenciar en Libia, Siria, la República Democrática de Congo, Guinea, Kenia, Kirguistán, Myanmar, Nigeria, Sri Lanka, Sudán y Zimbabue; cada vez más sistemáticas, con masivas y generalizadas violaciones de derechos humanos y con una devaluación de la protección de las víctimas de los *nuevos* conflictos armados. De tal forma que, no sólo son normativas las causas de esta devaluación sino, también, responden a dificultades en la aplicación y eficacia de las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y del DIDH en el terreno¹⁷.

Cuestión que, a pesar de la existencia del principio fundamental que prohíbe la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y una gama de normas que regulan el comportamiento de las partes en contexto de conflictos armados y que protegen a las víctimas, como podemos *constatar* al día de hoy,

¹⁴ Cfr. DÍAZ BARRADO, C., “La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional”, ..., *cit.*, pp. 2-5.

¹⁵ Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL. *La violencia contra las mujeres en los conflictos armados*. Editado por Amnistía Internacional (EDAI). Madrid, 2005, pp. 13-15.

¹⁶ HOBBSAWN, E. *Guerra y Paz en el Siglo XXI*, trad., por B. Equibar, F. Esteve, T. Fernández y J. Madariaga, Crítica, Barcelona, 2007, p. 11.

¹⁷ Cfr. MORGADES, S., “La protección de las víctimas de los conflictos armados” en C. García y A. J. Rodrigo (eds). *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Tecnos. Madrid, 2008, pp. 140-141.

el DIH y el DIDH, no sólo genera relevantes problemas en su aplicación, sino en la práctica: las violaciones de derechos humanos ha sido y es trivializada por la comunidad internacional y por agentes estatales, como elemento colateral, justificado y avalado como efecto inevitable de la guerra¹⁸ o infravalorada como un exceso despreciable en situaciones de los *nuevos* conflictos armados¹⁹.

La vulnerabilidad de los civiles en el contexto de los *nuevos* conflictos armados es creciente. La proporción aproximada de civiles muertos en situaciones de conflictos armados era 1 de cada 10 a principios del S. XX, y al acabar el Siglo era de 9 de cada 10. Esta cuestión plantea un enorme problema al sistema de seguridad de las Naciones Unidas: ¿Cómo conciliar sus principios fundacionales relativos a la soberanía de los Estados y la obligación igualmente fundamental de promover los intereses y el bienestar de la población de esos Estados?²⁰

En respuesta al tema en cuestión y para romper con la inacción en que se encontraba la comunidad internacional, la CIISE, como evidenciamos en su *Informe* del año 2001, pone de relieve la noción de *soberanía como responsabilidad*; que tendría cada vez mayor reflejo en la práctica de los Estados, avalada por la creciente influencia de las normas del ordenamiento jurídico internacional²¹. Como señala el Profesor C. Díaz Barrado, la *RdP* no es una institución novedosa en el DIDH, sino que su mérito reside en el *nuevo* impulso y la configuración que ha recibido su aplicación bajo el paraguas de los principios pilares del DIDH en esto últimos años²².

El nuevo *concepto* de la *RdP* se incluyó, por un lado, en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005,²³ en el que se aprobaron las conclusiones del *Informe* de la CIISE; posteriormente, con un alcance general inherente a la protección de civiles en los *nuevos* conflictos armados, fue respaldado por la Resolución 1674, de 28 abril de 2006, que enfatiza las obligaciones que des-

¹⁸ Cfr. CHINKIN, C., "Rape and Sexual Abuse of Women in International Law", en *European Journal of International Law*. Vol. 5, N° 3 (1994), pp. 333-334.

¹⁹ Cfr. GAMARRA, Y., Mujeres, guerra y violencia: los modos de compensación en el Derecho Internacional contemporáneo, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* N° 16 (2005), pp. 8-10.

²⁰ Cfr. Informe Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, *La responsabilidad de proteger*, diciembre 2001, párr. 2.12, p. 13.

²¹ Ídem, párr. 2.15, p. 14.

²² Cfr. DÍAZ BARRADO, C., "La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional", ..., *cit.*, p. 5.

²³ Vid. Doc. A/RES/60/1, de 24 de octubre de 2005.

pliega la *RdP* –concretamente las disposiciones de los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, respecto de la *responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad*–. Más aún, en el caso de Darfur en Sudán, la Resolución 1706, de 31 de agosto de 2006, se sitúa en el marco normativo que define la *RdP*, sobre todo en lo que se dispone en los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 y, con especial énfasis en consonancia a la materia, por la Resolución 1820, de 19 de junio de 2008, sobre “*Las mujeres, la paz y la seguridad*”, las Resoluciones 1888 y 1889, 30 de septiembre y 5 de octubre de 2009, o por la Resolución 1894, de 11 de noviembre de 2009, sobre “*Protección de Civiles en Conflictos Armados*” y; por otro, en el Informe del Secretario General de NU, de 12 enero de 2009, “*Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*”²⁴ y en el Informe del Secretario General sobre “*La Protección de los Civiles en los Conflictos Armados*”²⁵; en ambos documentos los esfuerzos se centran en su implementación y eficacia.

En esa perspectiva, en el caso de *Libia* en 2011 y en *Siria* en 2012 podemos evidenciar el comportamiento de los Estados orientados a dotar de contenido jurídico a la *RdP*, con independencia de que se llegue a ejercer o no efectivamente. En el asunto *libio* quedó claro: la autorización del Consejo de Seguridad (CS) que permitió acciones en el marco del conflicto libio se sustentaba en las *obligaciones* que dimanaban de la *RdP* y, a la vez, representa la aplicación práctica de la *RdP* por parte de los Estados y de la comunidad internacional en su conjunto, precisada en el párrafo 3 de la Resolución 1973, de 17 de marzo de 2011, que autoriza la *intervención militar* en Libia con un objetivo *la protección de civiles* establecida en el párrafo 8 de la referida resolución y, en el punto 3 del texto, *exige tomar medidas en el marco del DIDH, DIH y del ordenamiento jurídico internacional para proteger a los civiles, incluyendo satisfacer sus necesidades básicas y asegurar el tránsito rápido y sin trabas de la asistencia humanitaria*. Es altamente relevante porque explícitamente en la citada resolución están configurados los dos componentes fundamentales de la *RdP*: una noción renovada de *la soberanía de los Estados* que supondría la asunción de obligaciones respecto a su población y la posibilidad de que la comunidad internacional pusiera fin a situaciones que violan los derechos humanos, incluso adoptando el uso de la *fuerza armada* como *nuevo mecanismo* de aplicación coercitiva del DIDH; lo

²⁴ Vid. Doc. A/63/677, de 12 de enero de 2009.

²⁵ Vid. Doc. S/2012/376, de 22 de mayo de 2012.

posibilita que la *RdP* se *consolide* en la práctica como *norma consuetudinaria* a la luz del DIDH²⁶.

En relación a la situación que ocurre en Siria, no se dispone de una resolución del CS que establezca el reconocimiento de la *aplicación* de la *RdP* debido a que la adopción de la misma ha sido vetada por Rusia y China. Es de resaltar que el proyecto de resolución que se debatió el 4 de febrero de 2012 contemplaba, de algún modo, *la obligación de proteger*. De ahí podemos inferir que el *nuevo* concepto de la *RdP* va siendo acogido de manera progresiva en la práctica internacional, aunque su plena conformación jurídica dependerá de la *aceptación* que vaya recibiendo de los Estados y de la comunidad internacional²⁷.

En el contexto actual el *concepto* de la *RdP* continúa siendo una cuestión altamente debatida, sobre todo por *el uso de la fuerza armada* como *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva del DIDH. Por un lado, como hemos visto en el caso de *Siria*, ante la imposibilidad de tener un consenso en la posición de los Estados respecto a que la *responsabilidad de reaccionar* sea admitida por éstos, se ha preferido sólo trabajar las otras dos facetas menos polémicas y relegar al olvido su faceta más controvertida, *el uso de la fuerza armada*, para frenar graves violaciones de derechos humanos y detener crisis humanitarias. Como bien enfatiza la Profesora Paz Andrés, estos parcos resultados no suponen avance alguno en el desarrollo progresivo de la *norma* del *concepto* de la *RdP* sino que refleja el inmovilismo del Documento Final de 2005, asociada a la falta de avances de la reforma del CS, la conclusión inevitable es: "(...) los Estados no quieren profundizar en el desarrollo de las normas sobre el uso de la fuerza, prefieren tener las manos libres y actuar caso por caso sin directrices que los constriñan"²⁸.

Y por otro, un sector de la doctrina internacionalista señala que el *concepto* de la *RdP* no está desprovista de *obligaciones*, y tiene un contenido legal: la responsabilidad del Estado frente a su población y de éste frente a poblaciones de otros Estados que no quieren o no pueden hacerlo. Por ello, estaríamos asistiendo en ese marco *conceptual* de la *RdP* al surgimiento incipiente de una

²⁶ Cfr. DÍAZ BARRADO, C., "La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional", ..., *cit.*, pp. 13-14.

²⁷ Ídem.

²⁸ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., "Las normas relativas al uso de la fuerza: la seguridad colectiva y la legítima defensa en el contexto de la reforma de las Naciones Unidas", en C. García y A. J. Rodrigo (eds.), *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 124-125.

*nueva norma con obligaciones legales*²⁹ plasmada en instrumentos internacionales, cuya cristalización dependerá en buena medida de que el comportamiento de los Estados la asiente definitivamente en la práctica internacional³⁰. No obstante, el problema del tema en cuestión es que no existe un marco jurídico, o unas reglas o directrices acordadas por los Estados, que guíen la respuesta de la comunidad internacional al momento de invocar el *uso de la fuerza* como última medida para detener violaciones graves en los *nuevos* conflictos armados y frenar grandes crisis humanitarias, o para determinar la legalidad o legitimidad en caso de que una *intervención* deba llevarse a cabo³¹.

En el contexto actual es relevante en el tema que nos ocupa superar la tensión que existe entre los intereses de los Estados y la protección de las víctimas de los *nuevos* conflictos, es el máximo reto para que la *RdP* se pueda *afianzar* como una *norma consuetudinaria* en el marco del DIDH; más aún en un escenario internacional renovado, sin las continuas disputas Este-Oeste e integrado por una sociedad en el que la *RdP* exige una respuesta global, pues no en vano es la comunidad internacional en su conjunto es titular de la *RdP*. La legitimidad moral ético-jurídica de la propuesta de imponer la *RdP* a todos los Estados está fuera de duda, a pesar que su aplicación en la práctica se presenta cada vez más como un auténtico problema³². Son diversas las formas de desplegarla sobre el terreno, pero las particularidades del *conflicto* al que se quiera aplicar y el contexto de la política actual serán los dos factores que definirán su éxito o fracaso y qué opciones resultan más o menos factibles, para que el *concepto* de la *RdP* termine de consolidarse como *norma* jurídica y de ese modo irradiar todos sus efectos como herramienta útil para responder a las necesidades de las víctimas en los *nuevos* conflictos armados y frenar grandes crisis internacionales³³.

²⁹ Cfr. BELLAMY, A. y REIKE, R., "The Responsibility to Protect and International Law" en *Global Responsibility to Protect*, Vol. 2, No. 3, Junio 2010.

³⁰ Cfr. DÍAZ BARRADO, C., "La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional", ..., *cit.*, p. 15.

³¹ Cfr. ABBOTT, C., "Rights and Responsibilities: Resolving the dilemma of Humanitarian Intervention". Oxford, Oxford Research Group, September of 2005, p. 2.

³² Cfr. CERVELL HORTAL, M^a. J., "La responsabilidad de proteger cuando el sistema falla", en Blanc A., (ed.). *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 336-337.

³³ Cfr. CERVELL HORTAL, M^a. J., "Naciones Unidas, Derecho Internacional y Darfur" en Calvo A. y Carrascosa J., (Directores). *Colección Ciencia Jurídica y Derecho internacional*, Comares, Granada 2010, p. 137.

III. LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER COMO NUEVO MECANISMO DE APLICACIÓN COERCITIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los *nuevos* conflictos armados como hemos visto ya no acontecen en áreas territoriales divididas, sino dentro de los Estados surgidos del colapso de las estructuras del Estado³⁴, donde asistimos a las violaciones más *sistemáticas y masivas* de derechos humanos dentro de las fronteras de Estados frágiles o fallidos o desestructurados³⁵, y en las que podemos *constatar*, por un lado, la asimetría de las partes debido a la difuminación de las categorías, combatientes/población civil, objetivo militar/objetivo civil e incluso, a la desaparición del incentivo de la reciprocidad en la aplicación del DIH y el DIDH y, por otro, que las causas de esta *desvalorización* no sólo son normativas, sino que responden a dificultades serias en la práctica para proteger a la población civil de violaciones de derechos humanos, alimentadas, en cierto modo por los propios Estados y la comunidad internacional que se muestran renuentes a reaccionar ante tales situaciones³⁶.

En ese contexto, la inacción de NU nos ha demostrado el *talón de Aquiles* del sistema de seguridad colectiva; sistema que es inadecuado e ineficaz para hacer frente al problema del *genocidio y las violaciones manifiestas y en gran escala de los derechos humanos*. Se trata, hoy, de un desafío para NU y la comunidad internacional³⁷, tratar de responder al nudo del estado actual de la cuestión: en qué medida la soberanía del Estado y el principio de *no intervención* pueden concebirse a modo de frontera infranqueable cuando aparentemente se alza frente al intento de detener violaciones de derechos humanos, *como el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad* o; si más bien, la soberanía territorial debe ceder ante tales situaciones. A partir de esa reflexión podemos asumir como válido lo segundo, asegurando que existe una obligación de *reaccionar y*

³⁴ Cfr. GARRIGUES, J., “La responsabilidad de proteger: De un principio ético a una política eficaz, ..., cit., p. 157.

³⁵ Cfr. ALLIN, D., “El debate sobre la intervención”. La gestión de crisis, en *Revista de la OTAN*, número actual invierno 2002, disponible en www.nato.int/docu.

³⁶ Cfr. MORGADES, S., “La protección de las víctimas de los conflictos armados”, ..., cit., pp. 140-141.

³⁷ Cfr. LASHERAS, B., “Darfur y la Responsabilidad de proteger, en *Política Exterior*, vol. XXII, 2008 (julio agosto), núm. 124, pp. 114-118.

de prevenir futuras atrocidades como las que ocurrieron en Ruanda o Bosnia,³⁸ mediante la *RdP* como *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva y *norma in status nascendi* del DIDH³⁹.

Con ese objetivo la *RdP* como *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva del DIDH, fruto del proceso de humanización del ordenamiento jurídico internacional y la centralidad de la persona, subraya que el Estado y la comunidad internacional tienen una obligación de *reaccionar* para frenar violaciones graves de derechos humanos en los *nuevos* conflictos y para lograr la legitimidad de esta *intervención* precisa que debe concretarse en el marco de unos principios comunes. Sólo así podría combatirse la imagen de arbitrariedad que en tantas ocasiones ha contaminado la actuación de NU y, de ese modo, despejar los reparos e incertidumbres manifestados por los Estados que se sientan más vulnerables ante una intervención⁴⁰.

En esa *nueva* perspectiva la *RdP*, respaldada en su núcleo duro con tres elementos claves como son prevenir, reaccionar y reconstruir; la que sin duda plantea *nuevos* desafíos en el actual orden internacional es la *responsabilidad de reaccionar*, como la propia CIISE señala:

“La responsabilidad de proteger implica ante todo la responsabilidad de reaccionar ante situaciones en que exista una imperiosa necesidad de protección humana. Cuando las medidas preventivas no logran resolver o atajar el problema y cuando un Estado no puede o no quiere solucionarlo, puede ser preciso que otros miembros de la comunidad general de Estados tengan que adoptar medidas intervencionistas. Estas medidas coercitivas pueden ser de carácter político, económico o judicial y, en casos extremos –pero sólo en casos extremos– pueden incluir también la acción militar”⁴¹.

³⁸ Cfr. WILSON, D., “Responsabilidad de proteger: De la teoría a la práctica”, ..., *cit.*, p. 10.

³⁹ Cfr. ESPÓSITO, C., “La responsabilidad de proteger y el uso de la fuerza en el debate sobre la reforma de la ONU”, en *Papeles de Cuestiones Internacionales*, Nº 91, 2005, pp. 33 y ss, LASHERAS, B.: “Darfur y la Responsabilidad de proteger”, ..., *cit.*, pp. 107-118. y MOLIER, G., “Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect after 9/11”, en *Netherlands International Law Review (NILR)*, 2006-1, pp. 37-62.

⁴⁰ Cfr. GARCÍA, R., “La responsabilidad de proteger: un nuevo papel para las Naciones Unidas en la gestión de la seguridad internacional”, ..., *cit.*, p. 18.

⁴¹ Informe Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, ..., *cit.*, párr. 4.2., p. 33.

Y para que pueda concretarse una *intervención militar* el Informe de la CIISE establece seis criterios: que sea una autoridad adecuada la encargada de hacerlo; obedezca a una justa causa, entendiendo que esta se da en contextos de pérdidas de vidas a gran escala; los actores implicados estén guiados por una intención legítima; sea el último recurso, después de que otras opciones hayan fallado; la respuesta sea proporcional y; finalmente, la intervención militar ofrezca unas posibilidades razonables de éxito de poder detener o evitar el sufrimiento humano que ha justificado la intervención y, por tanto, que las consecuencias de la acción no puedan ser peores que las de la inacción⁴².

Sin embargo, el problema del tema en cuestión se agudiza ante la *parálisis del CS*, debido al *veto*, sea amagado o efectivo, de uno de sus miembros permanentes. Tras la experiencia de *Kosovo*, la CIISE, consciente de ello, propuso una doble alternativa en caso que el CS *no autorizase* en plazo razonable una *intervención militar* frente a la *hipótesis de una depuración étnica en gran escala o grandes pérdidas de vidas humanas* en los *nuevos* conflictos. Una, *lograr* que la Asamblea General respaldará la acción militar con base en la resolución "Unión propaz", resolución 377 A (V), adoptada en el año 1950 precisamente para resolver las situaciones en las que el CS no ejerciera su responsabilidad primordial y, la otra, *admitir* la actuación de una organización regional o subregional con solicitud posterior de la aprobación del CS⁴³.

En el estado actual del tema en cuestión ambas opciones constituyen los puntos que provocan más polémica y discusión, sobre todo, con mayor énfasis el de una autorización *ex post facto* del CS ante las actuaciones de las organizaciones regionales. Cuestiones que fueron manifiestamente obviadas tanto en el informe del Grupo de Alto Nivel como en el informe del Secretario General, que sólo se limitaron a *recomendar* al CS la aprobación de una resolución con los criterios que deben guiarle al debatir si ha de autorizar o aprobar el uso de la fuerza militar⁴⁴.

⁴² Ídem, *cit.*, párrs. 4.154.17, p. 36.

⁴³ Cfr. Informe Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, ..., *cit.*, párr. 6.28–6.29, pp. 57–58.

⁴⁴ Cfr. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, "Un mundo más seguro, la responsabilidad que compartimos", párr. 207, p. 64 y A/59/2005, 21 de marzo de 2005. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. "Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos", párr. 126, p. 37.

Más aún como podemos *adverar* de la Carta de NU, *la fuerza armada institucional* es monopolio del CS en base a la reserva del artículo 2.7 de la Carta. Además que mantener la paz y la seguridad internacionales es el primer propósito de NU (artículo 1.1 de la Carta), cuya responsabilidad y competencia primordial es conferida al CS a fin de asegurar una acción rápida y eficaz por NU (artículo 24.1), el sistema de seguridad colectiva, estipulado en el capítulo VII de la Carta de NU, *determinará un acto susceptible de constituir una amenaza a la paz y seguridad internacionales* (artículo 39) para aplicar lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de NU, siendo el objetivo primario mantener o restablecer la paz o adoptar sanciones contra los infractores, objetivo secundario en su caso⁴⁵.

En esa tendencia, el Informe de enero de 2009, "*Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*", persiste más en la aplicación en el terreno de medidas de prevención y reconstrucción que la de *responsabilidad de reaccionar*,⁴⁶ los Estados pueden adoptar además de las medidas más enérgicas, una gama de *medidas no coercitivas* previstas en los Capítulos VI y VIII de la Carta; incluso muchas de esas medidas pueden ser efectivizadas por NU u organismos regionales sin una autorización expresa del CS⁴⁷. Además, reitera que para la adopción de las *medidas coercitivas* que implique el *uso de la fuerza* se requiere previamente la autorización del CS⁴⁸ y, de esa forma ha eliminado toda referencia a la aprobación *ex post facto* del CS. Como podemos *constatar* el capítulo VII de la Carta no prevé esa posibilidad y la práctica de los Estados en ese sentido no termina de afianzarse. Tras la experiencia última de *Siria*, como enfatiza la Profesora M.J. Cervell: "*una cosa bien distinta es cuando actúan las organizaciones regionales así a su aire pero sin recurrir al uso de la fuerza y otra bien distinta abrir la caja de Pandora que una intervención armada supone*"⁴⁹.

De ahí que podemos inferir que la *RdP* es una cuestión controvertida que, en consonancia a las normas que podrían derivar de esta responsabilidad, se encuentran inmersas en las funciones básicas que cumplen los principios pilares del DIDH y hace, por lo demás, que entren en situación de compatibilidad o

⁴⁵ Cfr. REMIRO, A. y otros, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 1085-1090.

⁴⁶ Cfr. Doc. A/63/677, ..., párr. 60, p.29.

⁴⁷ Cfr. Doc. A/63/677, ..., párr. 51, p.25.

⁴⁸ Ídem, párrs. 56-57, pp.27-28.

⁴⁹ CERVELL HORTAL, M^a.J., "Naciones Unidas, Derecho Internacional y Darfur", ..., *cit.*, p. 136.

colisión,⁵⁰ debido a la falta de vías procedimentales que aseguren y garanticen en terreno el cumplimiento de los fines a los que responde. No obstante, el comportamiento de los Estados ha avanzado en la práctica como podemos evidenciar en el asunto *libio*, no sólo en la configuración de un *nuevo* concepto como es la *RdP* como idea-fuerza propia de la sociedad internacional, sino, sobre todo, se habría cumplido el requisito de la *autorización previa del CS* y el de la *causa justa* precisando el objetivo de esta responsabilidad, como es, *la protección de la seguridad humana* por diversas instituciones enfatizando la *intervención militar* como *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva del DIDH para atajar violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos en los *nuevos* conflictos armados y frenar crisis internacionales. Éste es el pilar *básico* del *nuevo* concepto de la *RdP*⁵¹.

La polémica continúa abierta con independencia de que la *RdP* actúe como *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva del DIDH y esté llamada a operar como un *nuevo* concepto catalizador de una dinámica normativa: por un lado, la protección de civiles en los *nuevos* conflictos se ha convertido en una cuestión cada vez más compleja y difícil debido a misiones internacionales con mandatos poco claros, a un enfoque centrado en la seguridad del personal, a una distinción poco clara entre combatientes y no combatientes y, a la militarización de los espacios humanitarios. En esa realidad, no será posible lograr los objetivos en materia de protección de los derechos humanos, si la comunidad internacional sólo afronta las amenazas inmediatas y no concreta el desarrollo de la norma del *nuevo* concepto que inspira la *RdP* –*uso de la fuerza*– para detener violaciones graves de derechos humanos y, a la vez, aborda con los mecanismos más eficaces las causas estructurales del *conflicto*, como el tráfico de armas, conflictos por los recursos, entre otros⁵².

Y, *por otro*, es altamente relevante superar las incógnitas e incertidumbres que suscita la aplicación de la *RdP* en la práctica sobre la base de las normas en vigor; como es, en qué medida la *RdP* generaría en tales casos derechos para terceros, cuáles su naturaleza, contenido, alcance y qué circunstancias lo harían

⁵⁰ Cfr. DÍAZ BARRADO, C., “La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional”, ..., *cit.*, p. 3.

⁵¹ Cfr. BRITO, W., “A responsabilidade de proteger da comunidade internacional: pressupostos e fins”, *Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 279-281.

⁵² Cfr. WILSON, D., “Responsabilidad de proteger: De la teoría a la práctica”, ..., *cit.*, pp. 9-10.

exigibles; así como, si esos derechos serían individuales o colectivos y, en el caso concreto, cuáles serían los adecuados soportes institucionales y criterios para su aplicación en el terreno⁵³ para proteger a las víctimas de violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos en los *nuevos* conflictos armados.

Por lo que la *RdP* como *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva del DIDH es clara respuesta al ascenso del *individuo* en el plano de la subjetividad internacional y su *protagonismo* en las relaciones internacionales desde *una nueva* perspectiva de la paz y seguridad internacionales en consonancia al *concepto* de seguridad humana. Ello ha posibilitado a la *RdP* que progresivamente se afiance en un marco normativo avalado por normas fundamentales del DIDH y así despliegue sus efectos para todos aquellos supuestos en los que están en peligro y se violan de manera generalizada, grave y sistemática los derechos humanos, ya que es precisamente *la defensa de estos derechos* la que da sentido al *nuevo concepto de la RdP*⁵⁴ tal y como se viene reflejando en la práctica internacional. Habrá que esperar ulteriores desarrollos para que, en su caso, el CS y la comunidad internacional respecto a la *RdP* pueda hacer realidad su más ambiciosa *utopía* de convertirse en *norma* jurídica verdaderamente operativa y efectiva que garantice la aplicación de la *RdP* en el terreno allí donde sea necesario como prueba *viva* de su *leitmotiv*⁵⁵.

IV. REFLEXIONES FINALES

La *RdP* como *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva del DIDH se articuló precisamente desde la *nueva* perspectiva desde la *responsabilidad para proteger* con el propósito de auspiciar un cambio en el debate actual del tema que nos ocupa poniendo énfasis en que mientras la *intervención humanitaria* se centra en el *pretendido derecho a intervenir de los Estados* participantes en la acción humanitaria más que en sus propios beneficiarios, la *RdP* pone el punto focal en los derechos y en respuesta a las necesidades reales de las víctimas de los *nuevos* conflictos armados, enfatizando la obligación de *reaccionar* a los Estados y a la comunidad internacional para atajar violaciones graves y

⁵³ Cfr. Doc. A/CN.4/598, p.21, párr. 55.

⁵⁴ Cfr. DÍAZ BARRADO, C., "La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional", ..., *cit.*, pp. 34-38.

⁵⁵ Cfr. CERVELL HORTAL, M^a. J., "La responsabilidad de proteger cuando el sistema falla" ..., *cit.*, p. 357.

sistemáticas de derechos humanos y detener crisis humanitarias en los *nuevos* conflictos armados⁵⁶.

Por lo que es altamente relevante en el tema en cuestión la coordinación y el consenso de los nuevos actores del orden jurídico internacional para concretar el desarrollo normativo del nuevo *concepto* de la *RdP* y de ese modo se pueda consolidar como *norma jurídica* con dimensión universalista, carácter obligatorio e irradiar sus efectos como tal para coadyuvar como una herramienta eficaz que posibilite edificar una paz positiva, duradera y justa en los *nuevos* conflictos como resultado de un abordaje principal en la agenda de NU, tanto en el plano normativo como operacional, donde el CS sea un órgano más plural y representativo, sobre todo, con alternativas al derecho de veto, incluso *congelándolo* para la adopción de medidas y mecanismos más eficaces que pongan fin a violaciones graves de derechos humanos y crisis humanitarias; y, de esa forma, garantizar la protección de la población civil y de los grupos amenazados en los *nuevos* conflictos armados, ya que el fin último del DIDH es la protección del individuo, es decir los fines humanos⁵⁷.

De ahí que podemos *inferir* que en la medida que la Comunidad Internacional esté concienciada para lograr un real consenso sobre la importancia de la aplicación en la práctica de la *RdP* como *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva del DIDH para detener violaciones graves de derechos humanos en los *nuevos* conflictos armados es la que, sin duda alguna, contribuirá al desarrollo de normas que regule el *núcleo esencial* de la *RdP* y, a la vez, viabilizará que Estados o grupos de Estados se sientan legitimados para expresar que necesitan actuar unilateralmente o colectivamente y, de ese modo, aplicar la *RdP* en la práctica. Con ello se pueden superar viejas diferencias y reticencias asociadas a un sistema particular de política exterior y regional.

Si, por un lado, debemos congratularnos por estos avances que irradia el *concepto* de la *RdP* como *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva a la luz del DIDH en respuesta a determinadas necesidades de la sociedad internacional contemporánea en la que, gradualmente, ha ido aumentando el valor del individuo y, paradójicamente, se han reforzado las competencias de los Estados en relación con las personas, sobre todo, la *RdP* a las poblaciones del *genocidio*,

⁵⁶ Cfr. MOLIER, G., "Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect after 9/11", en *Netherlands International Law Review* (NILR), 2006-1, pp. 37-62.

⁵⁷ Cfr. DE VISSCHER, Ch., *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*, Barcelona, 1962, p. 132 y ss.

los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad; en el estado actual de la cuestión falta por ver los efectos, políticos y jurídicos, de una *doctrina* de este tipo que, como hemos visto, oscila entre una buena fundamentación *conceptual* y una *inconstante*; a la vez, fragmentaria práctica de los Estados⁵⁸. Por otro lado, les debemos mostrar preocupación porque aún hay más de 40 conflictos armados en curso y, en la gran mayoría de ellos, la protección de la población civil, concretamente de las *mujeres y niñas* y, el castigo para los perpetradores de violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos, es todavía una *utopía*⁵⁹.

En *definitiva*, podemos colegir que en el contexto internacional actual, tanto en el ámbito jurídico como político, la *RdP* como *nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva a la luz del DIDH, continúa siendo uno de los temas más debatidos y polémicos apoyado por unos y cuestionado por otros. No obstante, existe un punto en común entre todos: a la *RdP* le falta desarrollo normativo para convertirse en *norma* jurídica para que pueda desplegar todos sus efectos, tanto en la *teoría como en la práctica*. Y así, pueda concretar tres retos claves: el primero conceptual, para definir su alcance y límites; el segundo institucional, es decir que las instituciones cuenten con la capacidad y recursos ineludibles para llevarla a la práctica en todas sus fases; y, finalmente, político, mediante consensos internacionales afianzar la voluntad política de apoyar y aplicar la *RdP como nuevo* mecanismo de aplicación coercitiva a la luz del DIDH en respuesta a las *nuevas* necesidades de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y ante situaciones de crisis humanitaria en los *nuevos* conflictos armados.

⁵⁸ Cfr. DÍAZ BARRADO, C., "La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional", ..., *cit.*, pp. 39-40.

⁵⁹ Cfr. ABRIL, R., "Las agresiones sexuales en conflictos armados como crímenes internacionales: tendencias recientes", en AA.VV. *Discriminación versus diferenciación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 54-55.

PLURALISMO JURÍDICO Y DERECHO DE LAS MUJERES INDÍGENAS: EL CASO DE LAS MUJERES AWAJÚN DE PERÚ*

Mercedes Manríquez Roque**
Universidad Carlos III de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

El “Informe Mundial sobre la Cultura” de la UNESCO de 1998 señala que la diversidad cultural, el pluralismo y la existencia de un mundo multicultural creativo y dinámico no pueden concebirse sin la inclusión de los pueblos indígenas en el panorama mundial de la cultura¹. Cuando se habla de los pueblos indígenas se hace referencia a aquellos grupos culturales que comparten una lengua común que refleja fielmente su pensamiento y vivencias colectivas; todas sus relaciones sociales se expresan en formas de organización específica; comparten un territorio común manteniendo una relación filial y mítica; comparten una cosmovisión del mundo común constituido por un conjunto de valores, creencias, formas de comportamiento, tradiciones, que explican su origen y les permite autoreconocerse como parte de una sola cultura con usos y costumbres diferentes a los del resto de la sociedad nacional.

En el Informe “Aplicación de las Recomendaciones del Foro Permanente: Las Mujeres Indígenas” del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas

* Este trabajo desarrolla las ideas presentadas en la Segunda Jornada Científica, “La eficacia en derecho interno de normas provenientes de otros ordenamientos jurídicos”. III Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho sobre Perspectivas Actuales en la Aplicación del Derecho, 6 de Noviembre de 2012.

** Doctoranda en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. manriquez.mercedes@gmail.com.

¹ UNESCO, *Informe Mundial sobre la Cultura*, 1998, en www.crim.unam.mx/cultura/

de Naciones Unidas se señala que las mujeres indígenas tropiezan con importantes obstáculos al pleno goce de sus derechos humanos. Experimentan múltiples formas de discriminación, generalmente carecen de acceso a la educación, la atención de la salud y las tierras ancestrales, sufren de pobreza en una medida desproporcionadamente alta y son víctimas de actos de violencia, como la violencia en el hogar y los abusos sexuales, incluso en los contextos de la trata y los conflictos armados. También, se indica que la globalización presenta nuevos desafíos en muchas partes del mundo. Las funciones de las mujeres indígenas se han menoscabado debido al efecto combinado de la pérdida de los recursos naturales y el agotamiento de los ecosistemas, su transformación en economías monetarias, la modificación de las estructuras locales, sociales y de adopción de decisiones, y la carencia de reconocimiento político en el contexto del Estado².

En este marco el objetivo del presente trabajo es analizar el desencuentro entre el Derecho Estatal y el Sistema de Justicia Indígena con una mirada especial a la situación de los derechos de las mujeres indígenas. Para tal efecto en primer lugar, se estudia cómo está reconocido el pluralismo jurídico en el marco normativo nacional e internacional y la forma cómo se han positivado los derechos de las mujeres indígenas. En segundo lugar, se examina los compromisos contra la no-violencia hacia la mujer asumidos por el Estado peruano. En tercer lugar, se realiza una aproximación a las relaciones de género entre los/las Awajún y sus instituciones organizativas. En cuarto lugar, se analiza aspectos claves del sistema de justicia Awajún, la violencia de género y la interlegalidad. Por último, se reflexiona sobre el desafío cultural hacia la equidad de género y la justicia; en otras palabras se afirma el valor del diálogo intercultural para la coordinación entre los sistemas de administración de justicia y la construcción de relaciones de género más equitativas y justas.

El estudio de caso de las mujeres Awajún se basa en la información recogida en el trabajo de campo desarrollado en setiembre del 2003 entre los/las Awajún de la Región Amazonas³; y la observación de los comportamientos e

² E/C.19/2009/8. 4 de Marzo de 2009. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas. Octavo período de sesiones. Aplicación de las Recomendaciones del Foro Permanente: Las Mujeres Indígenas. párr.1.

³ CARE-PERU, *Implementación de la estrategia de intervención para el empoderamiento de la mujer Aguaruna*, 2003. Proyecto Frontera Selva Perú-Ecuador Border Region Development Activity RFA N° PERU 527-00-A-015. 2000.

interacciones entre los/las Awajún en sus espacios organizativos durante los años 2004 al 2010, en particular de las mujeres Awajún del Alto Marañón.

2. PLURALISMO JURÍDICO, MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL

La Constitución peruana de 1993 en su Artículo 55 dispone que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. El sistema constitucional opta por la aplicabilidad inmediata de los tratados en el Derecho interno. Esto significa que el Estado no requiere emitir acto adicional alguno de incorporación, sino que basta con que el Perú haya, de un lado, “celebrado” el tratado y que éste, de otro, se encuentre en vigor de acuerdo a sus propias disposiciones⁴. Asimismo, los tratados que versan sobre derechos humanos por su contenido material tienen una jerarquía de carácter constitucional⁵.

Asimismo, de acuerdo con la Disposición Final Transitoria Cuarta de la Constitución y el Artículo V sobre interpretación de los derechos constitucionales del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley 28237, las normas relativas a los derechos y a las libertades consagrados en la Constitución y protegidos por los procesos regulados en el Código en mención, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte⁶. También, de

⁴ NOVAK, F. y SALMÖN E., *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, PUCP, Lima, 2000, p. 108.

⁵ LANDA, C., “La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y las decisiones de las cortes internacionales, especialmente en materia de derechos humanos. Lima, 12 de Diciembre del 2001, en www.amag.edu.pe. En el mismo sentido, NOVAK F., y SALMÖN E., op, cit, p. 123. “En efecto, en virtud de los artículos 2 y 3 de la actual Constitución peruana podemos lograr establecer sin mayor dificultad que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados, siguen teniendo rango constitucional”.

⁶ Entre los instrumentos internacionales de derechos humanos claves para los pueblos indígenas están, la Carta Internacional de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas-ONU; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes-Convenio 169/OIT; la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural; la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las

acuerdo con el Artículo 51 de la Constitución, en caso de incompatibilidad entre la ley nacional y el Convenio, por principio de jerarquía el Convenio prevalece sobre la ley.

En este sentido, el Tribunal Constitucional sobre la aplicabilidad del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo-Convenio 169/OIT,⁷ ha señalado que dicho Convenio forma parte del ordenamiento jurídico, tiene rango constitucional y complementa las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

“En el caso del Convenio N° 169 de la OIT, (...) Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” [STC N° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]”. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”⁸.

Respecto al carácter legal formal de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI, el Tribunal Constitucional, ha señalado que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. Y, afirma que al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos

Expresiones Culturales; y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI.

⁷ Los países que han ratificado el Convenio 169/OIT son: Noruega, México, Colombia, Estado Plurinacional de Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Dinamarca, Guatemala, Países Bajos, Fiji, Ecuador, Argentina, República Bolivariana de Venezuela, Dominica, Brasil, España, Nepal, Nicaragua, Chile, Centro Africana República.

⁸ STC N° 0022-2009-PI/TC, párr. 9.

indígenas⁹. Para el Tribunal la aplicación de la DNUDPI, será considerada en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que genere una obligación convencional por parte del Estado peruano.

“El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano”¹⁰.

También, la STC N° 05427-2009-PC/TC, enfatiza la existencia de importantes instrumentos internacionales, algunos vinculantes y otros ilustrativos, de cuya interpretación se puede colegir que el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas de derecho interno (entre ellas, normas legales e infralegales) con la finalidad de dar eficacia a los derechos reconocidos en los pactos internacionales. Entre los instrumentos, de carácter ilustrativo se menciona a la DNUDPI, y se destaca el Artículo 38 de la misma, “[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas las medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración”¹¹.

En esta línea, sobre la relación entre el Convenio 169/OIT y la DNUDPI, la STC N° 05427-2009-PC/TC, el Tribunal resalta la complementariedad entre el Convenio 169/OIT y la DNUDPI cuando señala que el Artículo 12 del Convenio 169/OIT sobre protección contra la violación de los derechos de los pueblos indígenas debe ser concordado con lo establecido en el Artículo 37 de la DNUDPI, “Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos”¹².

⁹ STC N° 0022-2009-PI/TC, párr. 7.

¹⁰ STC N° 0022-2009-PI/TC, párr. 8.

¹¹ STC N° 05427-2009-PC/TC, párr. 36.

¹² STC N° 05427-2009-PC/TC, párr. 24.

En suma, el Convenio 169/OIT es un tratado internacional aprobado y ratificado por el Estado peruano, forma parte del derecho nacional y tiene rango constitucional; mientras que la DNUDPI es un instrumento que pese a no tener carácter vinculante, tiene relevancia legal, en tanto consagra obligaciones preexistentes de los Estados contenidos en tratados generales e instrumentos específicos legalmente vinculantes sobre derechos indígenas, como el Convenio 169/OIT; y entre ambos instrumentos internacionales existe complementariedad. Este es el marco que ha de guiar el avance normativo, protección y aplicación plena de los derechos de los pueblos indígenas en general y de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial en particular.

En este marco, las mujeres indígenas gozan del derecho a la igualdad ante la ley. Pues la Constitución vigente dispone que toda persona tiene derecho “a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (Artículo 2.2). Asimismo, las mujeres indígenas tienen derecho a la participación en el espacio público, en tanto la Constitución reconoce el derecho de toda persona a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (Artículo 2.17).

¿De qué se habla cuando se hace referencia al pluralismo legal? El pluralismo legal desde la perspectiva social es definido como una situación en la cual dos o más sistemas de derecho coexisten en un mismo campo social, frente al monismo jurídico, se resalta que el Estado no es el único creador de derecho. Existen junto o dentro del Estado otras entidades que tienen sus propios sistemas de derecho¹³. En la actualidad, el pluralismo jurídico, según

¹³ Sobre concepciones del pluralismo jurídico y otros enfoques, vid. POSPISIL, L., *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, Harper and Row, New York, 1971. MOORE, S., “Law and social change: The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study”, *Law and Society Review*, vol. 7, núm. 4, 1973, pp. 719-746. FITZPATRICK, P., “Law, plurality and underdevelopment”, en D. Sugarman (ed.) *Legality, ideology and the state*, Academic Press, London, 1983, pp. 159-182. GRIFFITHS, J., What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, núm., 24, 1986, pp. 1-55. MERRY, S., “Legal pluralism”, *Law and Society Review*, vol. 22, núm. 5, 1988, pp. 869-896. CHIBA, M., “Three dichotomies of law in pluralism: An analytical scheme of legal culture”, *Law and Anthropology*, Peter SACK and Jonathan ALECK (eds.), *The International Library of Essays in Law and Legal Theory*, Dartmouth, 1992, pp. 415-424. HOEKEMA, A., “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El Otro Derecho*, núm., 26-27, ILSA, Bogotá, 2002, pp. 63-98. DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Nota introductoria y revisión de la traducción, Carlos Lema Anón, Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009. 131-253.

Boaventura de Sousa Santos no es solamente una pluralidad jurídica entendida como la coexistencia, en el mismo espacio geopolítico, de dos o más órdenes jurídicos autónomos y geográficamente segregados. Se trata, más bien, de la superposición, articulación e interpenetración de varios espacios jurídicos mezclados. Santos, aporta una visión posmoderna del derecho, el concepto de "interlegalidad", sostiene que "la interlegalidad es la dimensión fenomenológica del pluralismo jurídico"¹⁴. En términos de Hoekema, "justicia mixta e híbrida"¹⁵.

Sobre el particular, la Constitución peruana reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (Artículo 2.19). En este marco, el Artículo 149 de la Constitución reconoce funciones jurisdiccionales a las Comunidades Campesinas y Nativas dentro de su ámbito territorial de conformidad con su derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. El ejercicio de la jurisdicción especial comunitaria se condiciona al apoyo de las Rondas Campesinas, con esto se crea una situación de conflicto entre Comunidades y Rondas Campesinas porque constituyen formas de organización cultural y política distintas. La Constitución traslada a la ley, el desarrollo de las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial¹⁶. En suma, corresponde a la ley desarrollar el contenido y alcance del Artículo 149, de conformidad con los principios constitucionales y normativos de la Constitución, el Convenio 169/OIT y la DNUDPI.

El Convenio 169/OIT sobre la base del principio de identidad y el reconocimiento de la capacidad de los pueblos indígenas para asumir el control de

¹⁴ DE SOUSA SANTOS, B., "Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho", *Nueva Sociedad*, núm. 116, 1991, p. 25.

¹⁵ HOEKEMA, A., "Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal", *Foro Jurídico*, núm. 12, 2011, p. 174. "Quien se interesa en el pluralismo jurídico se interesa en "interlegalidad", es decir, se interesa en el proceso social de interpenetración de varios espacios legales en un mismo espacio geográfico. Por ejemplo, el Derecho Indígena y el Derecho Estatal conviven en un mismo espacio geográfico, produciendo justicia mixta e híbrida".

¹⁶ Desde el 1 de enero de 1994 fecha de inicio de vigencia de la Constitución Política de 1993 han transcurrido 19 años sin que a la fecha se haya promulgado ley de desarrollo del artículo 149. Durante este período se han presentado varios anteproyectos y proyectos de ley. La última iniciativa legislativa, corresponde al Proyecto de Ley 00313/2011-PJ, Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia. Proyecto de Ley que desde el 6 de diciembre del 2011 se encuentra en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República.

sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico dentro del marco de los Estados en que viven; dispone que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, “Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos” (artículo 3). Asimismo, el Convenio 169/OIT establece que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, con el límite que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 8). Este límite, también se impone cuando dichos pueblos recurran a sus métodos tradicionales para reprimir los delitos que cometan sus miembros (artículo 9)¹⁷.

Otro aspecto importante normado por el Convenio 169/OIT es el relativo a la consideración de las costumbres o derecho consuetudinario, y las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas cuando se aplique la legislación nacional a dichos pueblos, así como, cuando sus miembros sean juzgados por las autoridades y tribunales nacionales. En este sentido, la administración de justicia formal deberá dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (artículos 8.1, 9 y 10). Pero, también los pueblos indígenas pueden iniciar procedimientos legales personalmente o a través de sus instituciones representativas para asegurar el respeto efectivo de sus derechos. En este caso, se debe garantizar, que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales, recurriendo a intérpretes u otros medios eficaces (artículo 12).

Por su parte, la DNUDPI, declara entre otros aspectos que “Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas” (artículo 44). También, que “los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación” (artículo 22.2) y, que los pueblos

¹⁷ Al respecto dice OIT: “Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la Aplicación del Convenio No 169 de la OIT”, en <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>: “los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, inclusive los métodos a los que recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, en la medida en que sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Los conflictos que puedan surgir de la aplicación de estas disposiciones deberán de resolverse por medio de procedimientos establecidos *ad hoc*”.

indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34). De esta manera, la DNUDPI al igual que el Convenio 169/OIT, protege los derechos humanos de las mujeres indígenas y fija como límite a los sistemas jurídicos indígenas, las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Al tratar de determinar qué se entiende por derecho consuetudinario, encontramos que no existe una definición consensual entre los especialistas, de allí que algunos optan por utilizar el término, costumbre jurídica o legal, derecho propio o sistema jurídico alternativo. Así, Almoguera, define la costumbre como un centro normativo empírico cuyo reconocimiento está ligado a la tradición que representa y en la que descansa¹⁸. Un elemento característico de la costumbre según Almoguera y Díaz, es la repetición de actos que se remonta a un tiempo anterior, y que se espera que se prolongue igualmente en el futuro¹⁹. Mientras que para Yagüez, la costumbre jurídica es un modo de proceder arraigado en la comunidad por su habitual observancia y que tiene contenido jurídico. Es decir que las reglas que integran la costumbre (derecho consuetudinario) recaen sobre sectores de la realidad social que, de acuerdo a las circunstancias de la comunidad en cada tiempo y lugar, exigen o merecen una reglamentación jurídica. Esto imprime a las reglas jurídicas de un carácter que por ejemplo no tienen los usos convencionales de cortesía, por grande que sea su arraigo social. Es por esto que Yagüez señala que, "cuando una persona actúa de conformidad con una costumbre jurídica, de alguna manera lo hace con la convicción de que no debía haber actuado de otra forma y de que, si lo hubiera hecho, habría incurrido en violación de una verdadera regla de derecho"²⁰.

Stavenhagen, da una definición más completa cuando señala que el concepto de derecho consuetudinario se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado. De esta manera, indica que este concepto puede implicar que el derecho consuetudinario es anterior en términos históricos al

¹⁸ ALMOGUERA, J., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Reus, Madrid, 1995, p. 263.

¹⁹ *Ibid.*, p. 263. En el mismo sentido DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1988, p. 32.

²⁰ YAGÜEZ, R., *Una Teoría del Derecho: Introducción al Estudio del Derecho*, Civitas, Madrid, 1993, p. 269-270.

derecho codificado; pero también que puede coexistir con el derecho estatal. Coexistencia que puede significar una adaptación mutua o bien puede representar un conflicto entre sistemas legales o jurídicos²¹. También indica, que a diferencia de las sociedades complejas con Estado, el derecho consuetudinario en las sociedades tribales o menos complejas reviste una especial especificidad en la medida que no constituye una esfera diferente y autónoma de la sociedad; por el contrario lo jurídico se encuentra inmerso en la estructura social²².

Dicho esto, hay que señalar que muchos pueblos indígenas en el mundo a pesar del grave impacto de las políticas de asimilación e integración homogeneizantes de los Estados han logrado preservar sus valores sociales, culturales, espirituales, religiosos, instituciones y prácticas consuetudinarias o derecho consuetudinario. No obstante, el derecho consuetudinario indígena no es estático ni inmutable, pues si bien puede contener elementos cuyo origen puede trazarse desde la época precolonial, también contiene otros de origen colonial, y otros más que han surgido en la época contemporánea²³. Por lo que Stavenhagen dice:

“En todo caso, todos estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórica de los Pueblos Indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía, y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídicos-administrativos”²⁴.

En suma, la concepción posmoderna del pluralismo jurídico y el derecho contribuyen a estudiar los sistemas jurídicos indígenas en un contexto de cambio, continuidades y discontinuidades. A propósito del caso de los derechos de las mujeres Awajún se busca develar cómo el Derecho Indígena y el Derecho Estatal se interrelacionan, interactúan, mezclan y superponen; y la apuesta por el diálogo intercultural, como el mecanismo para abordar las situaciones límite entre sistemas jurídicos.

²¹ STAVENGAHEN, R., “Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina”, en Rodolfo STAVENGAHEN y Diego ITURRALDE (eds.), *Entre la ley y la costumbre*, III y IIDH, México, 1990. p. 29.

²² *Ibid.*, p. 30.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, p. 31.

3. COMPROMISOS CONTRA LA NO-VIOLENCIA HACIA LA MUJER

En la Declaración de Beijing de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995-DB, los Gobiernos declaran estar convencidos que: “los derechos de la mujer son derechos humanos” (DB. Párrafo 32). También, que “la igualdad de derechos, de oportunidades y de acceso a los recursos, la distribución equitativa entre hombres y mujeres de las responsabilidades respecto de la familia y una asociación armoniosa entre ellos son indispensables para su bienestar y el de su familia, así como para la consolidación de la democracia” (DB. Párrafo 15). Igualmente, los Gobiernos declaran estar decididos a:

Prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas. (DB. Párrafo 29)

Promover y proteger todos los derechos humanos de las mujeres y las niñas. (DB. Párrafo 31)

Sobre la violencia contra la mujer, la Plataforma de Acción de Beijing indica que la violencia contra la mujer viola y menoscaba o impide su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales²⁵. También, destaca que las mujeres indígenas son particularmente vulnerables a la violencia²⁶. En esta línea, afirma que la violencia contra la mujer dimana esencialmente de pautas culturales²⁷.

²⁵ Vis. Plataforma de Acción, Párrafo 112: “La violencia contra la mujer impide el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. La violencia contra la mujer viola y menoscaba o impide su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. (...) En todas las sociedades, en mayor o menor medida, las mujeres y las niñas están sujetas a malos tratos de índole física, sexual y psicológica, sin distinción en cuanto a su nivel de ingresos, clase y cultura. La baja condición social y económica de la mujer puede ser tanto una causa como una consecuencia de la violencia de que es víctima”.

²⁶ Vis. Plataforma de Acción, Párrafo 116: “Algunos grupos de mujeres, como las que pertenecen a grupos minoritarios, las indígenas, las refugiadas, las mujeres que emigran, incluidas las trabajadoras migratorias, las mujeres pobres que viven en comunidades rurales o distantes, (...) son también particularmente vulnerables a la violencia”.

²⁷ Vis. Plataforma de Acción, Párrafo 118: “La violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la

En consecuencia, los Gobiernos se comprometen a “condenar la violencia contra la mujer y abstenerse de invocar ninguna costumbre, tradición o consideración de carácter religioso para eludir las obligaciones con respecto a su eliminación que figuran en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer...” (Plataforma de Acción, Párrafo 124 a). Asimismo, a adoptar medidas para garantizar a la mujer igualdad de acceso y la plena participación en las estructuras de poder y en la adopción de decisiones, entre ellas, “Alentar una mayor participación de la mujer indígena en la adopción de decisiones a todos los niveles” (Plataforma de Acción, Párrafo 190 g).

Sobre la violencia en nombre de la tradición, en el Informe “Mairin Iwanka Raya, Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia”, del Foro Internacional de Mujeres Indígenas-FIMI, las mujeres indígenas desafían la falsa dicotomía derechos vs cultura y demandan el cese de los abusos a los derechos humanos contra las mujeres dentro de la lucha por derechos de los Pueblos Indígenas como grupo. Enfatizan que no existe una “cultura” que se apoye en las causas de la violencia contra las mujeres, sino más bien en prácticas y normas que niegan a las mujeres la igualdad de género, educación, recursos, poder político y social. En suma, sostienen que “al igual que cualquier otra cultura, algunos aspectos de las culturas indígenas pueden promover los derechos de las mujeres y ciertos aspectos pueden tender a violar esos derechos”²⁸.

En el caso peruano, ¿cuánto se ha avanzado en el cumplimiento de los compromisos derivados de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, Beijing +5, Beijing +10 y Beijing +15 relativos a los derechos de las mujeres indígenas? A este respecto, el Texto Único Ordenado de la Ley 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, Decreto Supremo N° 006-97-JUS y modificatorias, define la violencia familiar como “cualquier acción u omisión

raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad. La violencia contra la mujer se ve agravada por presiones sociales, como la vergüenza de denunciar ciertos actos; la falta de acceso de la mujer a información, asistencia letrada o protección jurídica; la falta de leyes que prohíban efectivamente la violencia contra la mujer; el hecho de que no se reformen las leyes vigentes; el hecho de que las autoridades públicas no pongan el suficiente empeño en difundir y hacer cumplir las leyes vigentes; y la falta de medios educacionales y de otro tipo para combatir las causas y consecuencias de la violencia...”

²⁸ FIMI, Informe complementario al estudio sobre violencia contra las mujeres del Secretario General de las Naciones Unidas, “Mairin Iwanka Raya, Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia”, 2006, p. 32.

que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual..." (artículo 2). La crítica sustantiva que se formula a esta normativa es que estas conductas no han sido tipificadas como delitos; por tanto, la sanción efectiva opera cuando la violencia deriva en un delito de lesiones. Circunstancia que constituye una barrera para el acceso a la justicia y ubica a las mujeres en una situación de grave indefensión. Con la nueva Ley 29819, Ley de Femicidio que modifica el artículo 107 del Código Penal, si bien el feminicidio deja de ser un hecho de violencia intrafamiliar normado por la Ley 26260, se incorpora dentro del Código Penal dentro del delito de parricidio, no como un delito autónomo. Por otra parte, queda circunscrito al ámbito familiar y de las relaciones de pareja, cuando el feminicidio es el homicidio de las mujeres por razones de género²⁹.

La Ley 26260 establece que es política pública permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar. Entre otras acciones que deben desarrollarse se encuentra la implementación de acciones de prevención y atención de la violencia familiar en las zonas rurales del país (artículo 3.h). Un vacío normativo tiene que ver con la falta de definición de los mecanismos de coordinación entre la Justicia Nacional y la Justicia Indígena para efecto de la protección de las mujeres indígenas frente a la violencia familiar.

Por otra parte, la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, Ley 28983, aprobada el 2007, establece el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad (artículo 1).

De conformidad con la Convención Para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Hacia la Mujer-Convención CEDAW, ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 23432 y la Constitu-

²⁹ Vid. Ley 29819 Modifica el Artículo 107 del Código Penal. Parricidio/Femicidio, "El que a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio".

ción Política; la Ley 28983, define la discriminación como cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social cultural o en cualquier otra (artículo 2).

La Ley 28983 se basa en los principios fundamentales de igualdad, respeto por la libertad, dignidad, seguridad, vida humana, así como el reconocimiento del carácter pluricultural y multilingüe de la nación peruana. Asimismo, establece que el Estado impulsa la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, considerando entre otros principios: “El respeto a la realidad pluricultural, multilingüe y multiétnica, promoviendo la inclusión social, la interculturalidad, el diálogo e intercambio en condiciones de equidad, democracia y enriquecimiento mutuo” (artículo 3).

El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social-MIMDES cuenta con el Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones 2006-2010 y el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015. El MIMDES señala que en los últimos cinco años, se ha fomentado el acceso de la mujer rural a sus documentos de identidad, recursos productivos, financieros, tecnológicos, a títulos de propiedad de la tierra, y se está visibilizando –progresivamente– su situación de jefa de hogar con responsabilidad en la manutención familiar, su rol productivo, su capacidad emprendedora y su aporte a la economía y al Producto Bruto Interno nacional³⁰. Pero indica que aún persiste la situación de indocumentación en varios miles de mujeres indígenas y amazónicas, a pesar de la decidida acción gubernamental y de la sociedad civil, se mantiene la precariedad del empleo rural, y hay un bajo porcentaje de mujeres con título de propiedad de tierras agrícolas y viviendas rurales³¹.

Por consiguiente, se percibe que no hay avances significativos en materia de igualdad y equidad de género, el reconocimiento de derechos de las mujeres indígenas se deriva de un marco normativo general que no visibiliza su situación de especial vulnerabilidad.

³⁰ MIMDES, *Sistematización Foro, La Mujer Rural en las Políticas Públicas*, Octubre 2009, p. 8-9.

³¹ *Ibid.*, p. 9.

4. APROXIMACIÓN A LAS RELACIONES DE GÉNERO ENTRE LOS/LAS AWAJÚN

4.1. Quiénes son los/las Awajún

Entre los/las Awajún se dan las siguientes denominaciones y autodenominaciones: Aents (“gente”), Aentsu, Aguajun, Aguaruna, Ahuajun, Iinia (“nosotros” y “nuestro”). En la relación cotidiana, la identificación se establece con una especie de saludo que dan el significado de Iinia (“es de los nuestros” o “somos los mismos”). Esto opera en los términos siguientes: *Witjai* (“soy yo”) llamado y pregunta. *Patañeitjai* (“soy familia”) respuesta obligada.

Las investigaciones lingüísticas, antropológicas e históricas dan cuenta que el pueblo Awajún pertenece a la familia etnolingüística Jibaro. Los grupos étnicos Awajún, Achuar, Wampis y Candoshi del Perú y Shuar del Ecuador forman parte de la familia lingüística Jibaro. Cuando las/los Awajún se autodefinen indican: “yo soy Awajún”, “yo pertenezco al pueblo Awajún”, “yo pertenezco al pueblo Jibaro”. Afirmando su condición de persona Awajún, perteneciente a la etnia Awajún del pueblo Jibaro. Pero es muy común, que en determinados contextos recurran al término pueblo para afirmar su condición de pueblo ante el Estado Nación. El pueblo Jibaro ocupó ancestralmente un extenso territorio entre las fronteras de Perú y Ecuador, los Awajún atribuyen este hecho a su fuerza guerrera.

En los tiempos de conflicto y guerra nuestros ancestros afrontaban la defensa del grupo en forma organizada. (E3)

El líder *Pamuk* o *Waisam* convocaba a un *Ipaamamu* para organizar al grupo y enfrentar a los enemigos. (E10)

La historia del pueblo Jibaro, comprende una serie de sucesos que informan de sus levantamientos contra los intentos de los españoles de someter el territorio Jibaro a la administración de la Corona española, y resistencia al establecimiento de la Misión Jesuita. Posteriormente, la constitución de las Repúblicas de Perú y Ecuador fragmentó e incorporó el territorio Jibaro, a los nacientes Estados Nación. Durante la República, los Jibaros se opusieron a todo tipo de colonización. Recién en el año 1947 formalmente se establece entre los Awajún del Amazonas el Instituto Lingüístico de Verano-ILV y en 1949 la Orden Jesuita.

El pueblo Jibaro se ubica en las Regiones de Amazonas, Cajamarca, Loreto y San Martín. En particular, son 168 las Comunidades Nativas pertenecientes a la etnia Awajún –en adelante pueblo Awajún– ubicadas en las provincias de Bagua y Condorcanqui de la Región Amazonas. Las Comunidades Nativas ocupan casi el cincuenta por ciento del área geográfica de la Región Amazonas³². Estas Comunidades se encuentran entre las márgenes de las cuencas de los ríos Chiriaco, Marañón, Cenepa, Nieva, Dominguzza y Santiago.

Los/las informantes señalan que el pueblo Jibaro tradicionalmente resolvía problemas políticos, sociales y familiares en torno a dos instituciones ancestrales el *Ipaamamu* y el *Untsumat*. El *Ipaamamu*, significa *Ipaama* –entre todos, *Mamu*– vencer³³. Por su parte, el *Untsumat* o *Untsumamu*, significa UNTSU –entre todas, *Mat*– atacar. Mediante el *Untsumat* las mujeres Awajún se autoconvocaban o invitaban para ayudarse en el cultivo de la tierra o chacra, siembra, deshierbe y cosecha. La convocatoria se promovía desde el ámbito familiar. En el *Untsumat* las mujeres compartían el masato y la comida. Con el tiempo, esta invitación entre mujeres se fue ampliando para solucionar los problemas internos que se dan en la comunidad o la familia; organizar la celebración de matrimonios; y hacer comidas.

Actualmente, las Comunidades Nativas Awajún de la Región Amazonas están organizadas en Consejos, Centrales y Federaciones: CAH, OCCAAM, ODECOFROC, ODECUAC, ODECINAC, FAD, FECONARIN y FE-CAS. A su vez estas organizaciones están articuladas a instancias organizativas regionales: la Organización Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía del Norte del Perú-ORPIAN y la Coordinadora de Comunidades y Pueblos Awajún³⁴. Estas organizaciones están dirigidas por los hombres Awajún y las mujeres están representadas a través de una Secretaría a la cual se denomina indistintamente, Secretaría de la Mujer, Secretaría de Asuntos de la Mujer,

³² INEI, *II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana, 2007. Resultados Definitivos*, Lima, 2008.

³³ *Ipaamamu*, institución fundamental fue la rectora del campo político, religioso, económico, trabajo en grupo, ayuda mutua, conquista de nuevas tierras y también del matrimonio. No obstante ser una institución liderada y dirigida por los varones, las mujeres participaban ayudando a los hombres en guerra mediante la preparación de los alimentos y el masato (bebida elaborada por las mujeres Awajún a base de yuca).

³⁴ La Coordinadora de Comunidades y Pueblos Awajún se ha constituido en el 2010 en un contexto de diferencias internas entre organizaciones, que expresan la dinámica de los cambios que se van operando al interior de la cultura.

y/o Secretaría de Asuntos Femeninos. Estas Secretarías integran el Consejo Directivo de las respectivas organizaciones.

Los/las informantes, coinciden en afirmar, que a pesar de la influencia de la cultura occidental y la adopción de nuevas formas de organización el *Ipaamamu* y el *Untsumat* siguen vigentes.

El *Ipaamamu* (...) es una invitación, un llamado a todos los líderes de las cuencas para organizarse, tomar acuerdos y resolver problemas o conflictos, afrontar un problema entre todos (E1)

Hoy existen, Federaciones de Comunidades Nativas por cuencas, Comunidades Nativas, Comedores Infantiles, Club de Madres, etc. (E2)

Hoy a pesar de todos los cambios el *Ipaamamu* sigue vigente, en el ámbito comunal y multicomunal del pueblo Jibaro. (E5)

Es una invitación *Untsumamu*, que se da en el ámbito familiar para solucionar un problema interno de la comunidad o la familia; para realizar alguna actividad: una pesca familiar o comunal, una fiesta, una ceremonia de matrimonio, compartir una comida, etc. (E8)

Cuando las mujeres Awajún reflexionan en torno a su participación en la toma de decisiones al interior de la familia, la Comunidad y la Federación, coinciden en afirmar que el diálogo y las decisiones conjuntas entre mujer y hombre operan a nivel familiar, "Mujer y hombre dialogan y ambos toman las decisiones sobre el cuidado y educación de los hijos, actividades a realizar dentro del hogar o fuera de ella para el sostenimiento de la familia" (E2). Mientras que en el ámbito comunal y federativo mayormente son los hombres los que toman las decisiones y las mujeres se sienten olvidadas por las Federaciones.

Mayormente los hombres toman las decisiones y las mujeres aceptan aunque no estén de acuerdo. (E6)

Las mujeres nos sentimos olvidadas por las Federaciones porque nuestra opinión no cuenta y no tenemos las mismas oportunidades que tienen los hombres. (E4)

En el año 2003 las mujeres Awajún del Alto Marañón deciden crear la primera organización de mujeres Awajún, Federación de Mujeres Aguarunas del Alto Marañón-FEMAAM, con el objetivo de defender los derechos de las mujeres Aguarunas y promover su desarrollo sostenible con identidad (me-

dicina tradicional, artesanía, valoración cultural y economía solidaria) desde un enfoque del buen vivir-vivir bien. FEMAAM busca la revaloración y el empoderamiento de la mujer Awajún en todos los aspectos de su vida personal y social, en condiciones de equidad³⁵.

4.2. Dinámica de género entre los/las Awajún

Sobre la cultura Awajún, Bant define los principios que constituyen los fundamentos del sistema de género Aguaruna tradicional: 1) la forma social de acceso a los recursos y del control sobre los medios de producción está determinada por el género. Esto significa que las mujeres están separadas de la producción de los medios de trabajo. 2) La distribución de la fuerza de trabajo de los miembros de la sociedad sigue las líneas de "la división sexual del trabajo". Las mujeres se especializan en actividades relacionadas a "dar vida" (crianza de humanos, animales y plantas) y los hombres en actividades relacionadas a "tomar vida" (tumbar árboles, cazar, hacer guerra). 3) La forma social de la circulación y distribución de los productos del trabajo es un intercambio entre productos masculinos y femeninos, en que los hombres distribuyen sus productos entre un grupo amplio de parientes inclusivos, su(s) esposa(s) e hijos, y las mujeres entre su esposo y sus hijos, resultando un intercambio no equitativo en la unidad productiva mínima. Estos principios funcionan como las relaciones de producción de la unidad mínima matrimonial o familiar integrada por las categorías culturales de "hombre" y "mujer". Pero, también son al mismo tiempo principios organizativos más generalizados en la sociedad y constituyen una condición para la existencia y reproducción del sistema de parentesco³⁶.

Ahora bien, las investigaciones sobre los Awajún, dan cuenta de la situación vulnerable de las mujeres Awajún ante la situación económica y política cambiantes. A este respecto, según Brown, a las mujeres no se les ofrece una participación compensatoria en el nuevo sistema. Aquí, nos dice podría estar la explicación de la gran incidencia de suicidios entre las mujeres³⁷. Sobre este

³⁵ Vis. <http://femaam-imaza.blogspot.com/>

³⁶ BANT, A., "Parentesco, matrimonio e intereses de género en una sociedad amazónica: El caso Aguaruna", *Amazonia Peruana*, Tomo XII, núm., 24, CAAAP, Lima, 1994, p. 979.

³⁷ BROWN, M., *The dark side of progress: suicide among the Alto Mayo Aguaruna*. 44th Int. Cong. of Americanists, Manchester, Symposium: Inter-ethnic relations and cultural adaptation among the Shuar, Achuar and Canelos, Quichua, 1982.

mismo tema Bant, desde el análisis de los intereses de género y la negociación, señala que las mujeres disponen de recursos para ser tomadas en cuenta y ejercer presión en los procesos de decisión. Existen, según Bant, indicios de que la amenaza de suicidio es un medio femenino de ejercer presión sobre la unidad marital y sobre la relación con los parientes cercanos masculinos, a fin de lograr un ajuste adecuado de la situación personal de una mujer, generalmente la aceptación de sus parientes masculinos de su resistencia a estar casada, su pedido de divorciarse o la cancelación de las intenciones del marido de tomar una segunda mujer. En suma, el intento de suicidio podría ser considerado un importante mecanismo social, por medio del cual las mujeres Aguarunas entran en el ámbito de las decisiones políticas en una sociedad en la cual la mayoría de las decisiones políticas están dominadas por los hombres³⁸.

También, sostiene Bant, que las mujeres practican varias formas de resistencia y mantienen las llamadas "áreas de autonomía", esferas y/o actividades en las cuales las mujeres tienen poder de decisión y sus intereses llegan a influenciar substancialmente algunos procesos de decisión, como por ejemplo en el campo de la agricultura de subsistencia. La división sexual del trabajo en la sociedad Aguaruna ubica a las mujeres en el centro de la producción agrícola y su rol prominente de experta en este campo hace aceptable que las productoras tomen decisiones relacionadas a la producción agrícola en una relativa autonomía³⁹.

No obstante, Bant expresa sus dudas, hasta qué punto las mujeres indígenas han logrado mejorar su posición dentro de su sociedad a través de su larga historia. Pues las investigaciones desde la perspectiva tradicionalista y de los varones sobre las relaciones sociales dentro de las sociedades indígenas de la selva no se han planteado esta pregunta. Por tanto, afirma que posiblemente las mujeres Aguarunas han logrado cambios positivos en el sistema de género mediante estrategias colectivas en el proceso de negociación, así como también es posible que ellas luchen por conservar ciertos componentes de sus condiciones dentro del sistema de género en una sociedad en proceso de cambio⁴⁰. Si bien las afirmaciones que da Bant, no pueden ser concluyentes porque es necesario profundizar más el conocimiento sobre las relaciones de género entre los Awajún, llama la atención sobre el hecho de reconocer la existencia y el

³⁸ BANT, A., op.cit, p. 90-94.

³⁹ Ibid., p. 95.

⁴⁰ Ibid., p. 97.

potencial de las mujeres en los procesos de negociación que dan significado a las relaciones sociales.

Así las cosas, en el trabajo de campo los/las informantes dan cuenta que en la cultura Awajún desde el nacimiento se determina las características de la identidad femenina y masculina, asignando roles, responsabilidades y oportunidades, diferentes para hombres y mujeres, y define las relaciones sociales y culturales entre mujeres y hombres, entre niñas y niños.

Cuando era niña mi madre me llevaba a la chacra y yo tenía que hacer las mismas actividades que mi mamá hacía. (E4)

Me di cuenta que era niño por las actividades diferentes que hacen los hombres y las mujeres, mi padre me llevaba con él cuando iba a cortar leña, cuando iba a pescar y cuando iba cazar al monte, mientras que mi hermanita ayudaba a mi mamá. (E1)

Un aspecto clave en la construcción de la identidad de género desde la visión y los valores de la cultura Awajún viene dado por la vigencia de importantes personajes míticos, *Bikut* (hombre con gran visión, disciplina, guerrero, quien estableció las normas de conducta a ser respetadas por todos, hombres y mujeres Awajún); *Etsa* (hombre de gran poder, cazador y pescador) *Yampan* (mujer trabajadora, limpia, y responsable de su hogar y su chacra) y *Nugkui* (mujer muy poderosa, generadora de vida y alimentos, y con gran conocimiento del valor de las plantas). Estos personajes míticos definen los roles de género asignados a mujeres y hombres, e influyen en las condiciones, oportunidades y desarrollo personal de las mujeres y los hombres Awajún. De tal forma, que el hombre busca el alimento y la mujer cocina; el hombre construye la casa y la mujer cuida la casa; el hombre prepara la tierra para la chacra y la mujer siembra, deshierba, cosecha la yuca y prepara el masato; el hombre hace itipak, wampas, etc, y la mujer hace la cerámica.

Pero también, mujeres y hombres desarrollan actividades complementarias, ambos son responsables de la educación de los hijos e hijas, curan con medicina tradicional, hacen *Ipaamamu*. No obstante, no se puede dejar de mencionar los aspectos conflictivos presentes también en las relaciones de género, como ya se mencionó, existe una mayor participación de los hombres en el espacio público y toma de decisiones; mientras las mujeres tienen muy pocas oportunidades de participación en ámbitos que trascienden su espacio familiar, la Comunidad y la Federación.

La cultura occidental impacta en las relaciones de género y la posición de mujeres y hombres. Entre los factores más influyentes se encuentran el económico, educativo, religioso y la migración.

La influencia de la cultura occidental ha modificado nuestras costumbres, la forma del matrimonio, antes el hombre podía tener dos o tres mujeres porque demostraba ser buen marido, trabajador, cazador y pescador, hoy muchos hombres no tienen estas virtudes pero quieren tener más mujeres. Igualmente, antes el matrimonio era por las virtudes del hombre o de la mujer, hoy los matrimonios son por simpatía no importa si el hombre o la mujer son irresponsables, la consecuencia es la incompreensión familiar. (E8)

La educación, la medicina occidental, y la religión han cambiado nuestras actitudes y prácticas, algunos no queremos hablar Awajún, muchas veces preferimos la medicina occidental y no aplicamos nuestra medicina tradicional, y optamos por seguir otras creencias religiosas. (E1)

También, los programas de intervención de las ONGs con proyectos productivos, infraestructura, capacitación y empoderamiento de la mujer Awajún, están incidiendo en las transformaciones de las relaciones de género. Los factores de orden político, económico, ambiental y los medios de comunicación en los últimos años han incrementado su impacto, como la presencia de movimientos políticos nacionales, empresas extractivas de recursos naturales, la extensión de las líneas de telefonía, radio, televisión, etc. A esto se agrega, el incremento de la participación de las organizaciones Awajún y de FEMAAM en el espacio público local, regional, nacional e internacional, un caso emblemático: *La Movilización política Awajún, El Baguazo, 2009* por la derogatoria de un conjunto de Decretos Legislativos aprobados en el gobierno del Presidente Alan García que afectaban directamente la integridad de los derechos territoriales de las Comunidades Nativas.

5. JUSTICIA AWAJÚN, VIOLENCIA DE GÉNERO E INTERLEGALIDAD

La “violencia de género en nombre de la tradición” término adoptado por el FIMI y las nuevas formas de violencia derivadas de factores externos (políticos, económicos, ambientales, et.) ubican a las mujeres, niñas y niños Awajún en una posición vulnerable de indefensión; entre los casos graves se encuentran

el suicidio, la violencia familiar y la violación sexual. ¿Cómo se resuelven estos casos?, ¿Cuáles son sus límites? y ¿Cómo las mujeres Awajún están enfrentando los casos de violencia de género?

A este respecto, el pueblo Awajún preserva su propio sistema de administración de justicia, derecho propio o derecho consuetudinario; el mismo opera dentro del ámbito del territorio de las Comunidades Nativas Awajún, “nosotros tenemos nuestra justicia, con normas y procedimientos, sancionamos a quienes violan las normas porque rompe la armonía y paz en la familia, entre familias y afecta la vida comunal” (E10) “Nosotros somos ciudadanos peruanos pero pertenecemos a una cultura diferente con un Derecho y un Sistema de Justicia propia” (E15)

La Justicia Awajún se desarrolla en tres niveles: el clan familiar, la Comunidad Nativa, y la Cuenca, en este último, intervienen las Federaciones de Comunidades Nativas. En el caso particular de la Cuenca del Alto Marañón rige desde hace más de tres décadas la Administración de Justicia Awajún del Alto Marañón-ADJA, tiene un Juez Awajún nombrado por las Comunidades, administra justicia conforme al Derecho Awajún y los acuerdos se asientan en un Libro de Actas. La ADJA coordina con los Jefes o Apus de las Comunidades y en su caso, con los Presidentes de las Federaciones de Comunidades.

La Justicia Awajún que aplicamos en las Comunidades y en ADJA se basa en varios principios que los Apus de las Comunidades y el Juez Awajún deben velar que sigan vigentes en la solución de los problemas sociales: paz social, orden, disciplina, respeto, armonía y equilibrio. (E6)

Según Majampte y otros, los Awajún culturalmente atribuyen a la presencia de espíritus malignos que se apodera de las personas, la comisión de actos contrarios a las normas dadas por *Bikut*.

En la cultura Awajún todos nacemos limpios, puros, sin querer hacer ningún mal, en armonía con nuestro medio ambiente; pero siempre hay espíritus negativos *machin* que se apoderan de nosotros y nos hacen obrar mal, nos hacen cometer actos en contra de nuestros hermanos y nuestra madre naturaleza⁴¹.

Ante un acto que vulnera la paz y la armonía social, los Awajún indican que el objetivo es lograr su restablecimiento. En este proceso, se busca el bien

⁴¹ RUBEND., E., MAJAMPTE y GUERRERO, N., “Perspectivas en la búsqueda del diálogo y coordinación jurisdiccional desde la justicia Awajún”, ponencia RELAJU, Cajamarca, 2009, p.3.

tanto de la víctima como del victimario, “...uno de los principios en nuestra administración de justicia es la restauración de la armonía entre las partes del proceso con la comunidad. Es decir hay una preocupación del jefe de la comunidad en donde participan todos los comuneros buscando encontrar el mejor remedio no solo para la víctima sino también para el victimario”⁴².

Los Awajún asumen que existe una responsabilidad comunitaria, se trata de recuperar a las personas que han cometido un error, “... creemos en la recuperación de las personas que cometen errores, creemos que si podemos ayudar a nuestros hermanos que han sido poseídos por espíritus negativos; en donde es responsabilidad de toda la comunidad la mejoría y solución de las controversias de nuestros hermanos”⁴³.

Forma parte de la concepción de Justicia Awajún que ante un acto contrario a los principios de paz y armonía social, el fin no debe ser la venganza sino ayudar a encontrar la visión y restaurar la armonía social. Para Majampte y otros, aquí podría estar parte de la explicación del por qué algunas mujeres Awajún que denuncian casos de violación a la libertad sexual ante la jurisdicción ordinaria, acaban desistiendo de la misma:

“... la víctima ... entiende que su hermano ha cometido un error y no debe buscar venganza sino debe buscar ayudarlo a encontrar su visión; es por ello que en la práctica podemos encontrar muchos casos de violación a la libertad sexual en la jurisdicción ordinaria, en donde las propias mujeres al ver que su hermano está en desgracia en la cárcel, desiste de continuar con el proceso penal, porque considera que el fin no es la venganza sino la reparación del hecho y que a la vez su hermano que ha cometido el error pueda continuar con su vida”⁴⁴.

En el desarrollo de la investigación no se pudo determinar las causas del desistimiento; el número de casos en que se da; el número de casos denunciados ante la Jurisdicción Awajún y los casos denunciados ante la Jurisdicción Ordinaria; y hasta qué punto la defensa de la víctima, (venganza familiar) no se aplica porque prima el principio de recuperación de la persona que ha cometido el error. Pero, si los/las informantes sostenían que la venganza familiar seguía vigente, dependiendo de cada caso podía producirse a lo largo de los

⁴² Ibid., p. 6.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

años. En otras palabras, la reacción de defensa de la víctima no necesariamente era inmediata.

Ante la identificación por parte de FEMAAM, de varios casos de afectación y privación a las mujeres de sus derechos en ADJA por violencia de género (sanciones débiles, incumplimiento de las sanciones, falta de reparaciones, etc.) FEMAAM decide tramitar su reconocimiento oficial como “Defensoría Comunal Indígena” ante el Ministerio de la Mujer y el Desarrollo Social-MIMDES. Con esta personería jurídica, FEMAAM empieza a promover el acceso de las mujeres, las niñas y niños Awajún a la justicia. Para este efecto, presta entre otros servicios: reconocimiento de los hijos; pensión de alimentos; reparto de bienes divisiones en caso de separación; denuncias por violencia familiar; y denuncias por violación sexual. FEMAAM prioriza los casos de violencia de género. Este hecho muestra la apropiación de los valores del sistema jurídico de derechos humanos por parte de las mujeres miembros de FEMAAM. Un sector importante de mujeres busca en la jurisdicción ordinaria la justicia que no encuentran en ADJA. Igualmente, en su acción política develan estar decididas a continuar luchando por la afirmación de su presencia y participación en la toma de decisiones que inciden en su vida familiar, comunal y organizativa, “estamos decididas a ejercer nuestros derechos y asumir nuestras responsabilidades” (E16).

En este escenario jurídico-social se producen desencuentros entre ADJA y la Justicia Estatal, por la demanda de ADJA de administrar justicia sin injerencia de la jurisdicción ordinaria y exigen que sus resoluciones sean respetadas por la Justicia Estatal. Otro desencuentro, opera entre ADJA y la Defensoría Comunal Indígena-FEMAAM, para ADJA la Justicia Awajún no debe fragmentarse ni perder autonomía frente a la Justicia Estatal; pero desde la percepción de FEMAAM las mujeres Awajún tienen derecho a acceder a la justicia no sólo en las instancias de Justicia Awajún sino también del Estado, en particular cuando no encuentran justicia. También, se produce un desencuentro entre las Federaciones Awajún y la Defensoría Comunal Indígena-FEMAAM, desde la visión de las Federaciones el pueblo Awajún debe fortalecer su Justicia de acuerdo con su Derecho Propio; mientras FEMAAM expresa su desconfianza en ADJA. Por último, se da un desencuentro entre la Defensoría Comunal Indígena-FEMAAM y la Justicia Estatal, pues las mujeres que recurren a la jurisdicción ordinaria encuentran que este es costoso, el proceso toma mucho

tiempo, y por parte de las autoridades judiciales no hay una comprensión sobre la realidad cultural Awajún y sus derechos.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Cuando los/las Awajún reflexionan sobre los espacios tradicionales de poder y autoridad de la mujer y el hombre, reafirman su identidad cultural; valoran el rol de la mujer y el hombre dentro de la sociedad Awajún; confirman que las mujeres y los hombres podían mediante el *toe* y otras plantas sagradas, adquirir poder y sabiduría; y reafirman que las mujeres y hombres poseen conocimientos, experiencias, habilidades y sabidurías que enriquecen y fortalecen al pueblo Awajún.

Las mujeres y hombres, perciben que para mejorar sus niveles de implicación en la vida política, social y cultural de la sociedad, y participar en las instancias de toma de decisión en el ámbito local, regional y nacional, es necesario superar aquellas debilidades, que hasta ahora no han permitido construir relaciones de equidad de género y justicia dentro del conjunto de la sociedad Awajún; y encuentran en su historia, cultura, y conocimientos, las fortalezas para alcanzar este fin. Esto no implica aceptar toda tradición o costumbre que signifique desigualdad y violencia para las mujeres.

Donde la tradición y la costumbre significan desigualdad y violencia para las mujeres, niñas y niños; las mujeres Awajún demandan la necesidad de cambiar y modificar dicha tradición y costumbre, y su derecho a la paz y a una vida sin violencia. (E16)

Entre los/las Awajún hay una gran preocupación por establecer mecanismos internos de coordinación entre las distintas instancias de administración de justicia y/o solución de los problemas sociales: Comunidades Nativas, ADJA, Federaciones, Defensoría Comunal Indígena-FEMAAM, Rondas Campesinas, etc.

Necesitamos un diálogo sincero entre Awajún sobre cómo funciona nuestra Justicia, los problemas que hoy enfrentamos. Muchos agentes externos intervienen, Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional, Rondas Campesinas, ONGs. Qué y cómo queremos que se resuelvan los conflictos sociales en el futuro. Cada Comunidad tiene su Reglamento Interno que norma la Justicia,

las Federaciones también. ADJA, FEMAAM. Las ONGs capacitan en derechos humanos. Lo hace también la Defensoría del Pueblo. Necesitamos fortalecer nuestra Justicia Awajún propia como instrumento de paz y justicia para todos, hombres y mujeres. (E13)

Pero también, los/las Awajún asumen la importancia de avanzar hacia un diálogo intercultural, directo y sincero entre todos los sistemas de administración de justicia.

Una de las primeras conclusiones que puedo dejar es que hoy debemos tener un diálogo abierto directo y sincero de todos los sistemas de administración de justicia y se empiece a implementar políticas interculturales con canales válidos de participación. Considero que ya sabemos dónde estamos y cuál es el siguiente paso a dar⁴⁵.

En suma, la aproximación a las relaciones de género entre los/las Awajún de Amazonas aporta interesantes elementos sobre cómo se desenvuelven estas relaciones y cómo avanzar hacia relaciones de géneros más equitativas y justas en la sociedad Awajún en un contexto de interacción entre el Derecho Estatal y el Sistema de Justicia Awajún. En un proceso importante de apropiación de principios y categorías del sistema de derechos humanos, no exento de tensiones, en particular ante los casos de violencia de género. Situaciones límite que mediante el diálogo intercultural, es posible encontrar el camino para construir una sociedad nacional inclusiva, respetuosa de la diversidad cultural y garante de los derechos de los pueblos indígenas, en particular de las mujeres indígenas.

Por consiguiente, en el caso peruano hace falta una política de Estado sobre pueblos indígenas que visibilice la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres indígenas; un marco normativo que desarrolle e implemente los principios y contenidos de los Convenios Internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de las mujeres indígenas; una normativa que defina los mecanismos de coordinación y cooperación intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria; y una institucionalidad estatal que con la consulta previa y participación de las mujeres indígenas promueva políticas públicas coordinadas y sistemáticas para la plena efectividad de sus derechos, "tanto la mujer como el hombre tienen derecho a ejercer plenamente sus derechos humanos".

⁴⁵ Ibid., p. 7.

EL JUEZ Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN EL PENSAMIENTO DE OWEN FISS, ¿INTERPRETACIÓN OBJETIVA? ENTRE EL MOVIMIENTO DE ESTUDIOS JURÍDICO- CRÍTICOS Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Rodrigo Pérez Espinosa

El papel de la razón en el Derecho se ha convertido en uno de los puntos principales de discusión de la filosofía del Derecho, en específico, el papel que representa el juez en la aplicación del derecho, así como el problema de objetividad, límites y racionalidad de la interpretación. El profesor Owen Fiss reflexiona sobre la interpretación constitucional, intentando remarcar su carácter jurídico y estableciendo peculiaridades por su carácter constitucional¹, es decir, parte de que la Constitución es una norma jurídica aplicable directamente que debe obedecer a ciertas peculiaridades en su interpretación.

Dentro de la división que hace Norberto Bobbio entre filosofía del Derecho elaborada por filósofos o por juristas, podemos encuadrar a Owen Fiss dentro de los segundos. El profesor de Yale en su obra² parte de una afirmación aclarativa: la adjudicación es interpretación, es decir, un proceso en el que el juez llega a comprender y expresar el significado de un texto jurídico dotado de autoridad y de los valores encarnados en el mismo³. La principal preocupación

¹ Respecto del tratamiento de las peculiaridades en la interpretación constitucional, cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, p. 256 y ss.

² Principalmente en FISS, O., *The law as it could be*, New York University Press, New York-London, 2003 y la traducción al español utilizada en este trabajo, Fiss, Owen, *El derecho como razón pública*, trad. de E. Restrepo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007; Fiss, Owen, "Objectivity and interpretation", *Stanford Law Review*, no. 4, vol. 34, 1982, p. 739-763.

³ *Ibidem*, p. 15-20 *passim*.

de este jurista es reconocer tanto la dimensión objetiva como subjetiva de la actividad de la interpretación y de la experiencia humana⁴.

Así, la teoría de Owen Fiss ha tenido repercusiones en los Estados Unidos de América y es un referente en la doctrina constitucional de este país⁵. Ante dichas repercusiones consideramos pertinente en primer lugar cuestionarnos sobre su propuesta de interpretación en el Derecho; en segundo lugar nos preguntaremos por la validez de la teoría desde la filosofía del Derecho, y si ésta puede ser barajada como una tesis aplicable respecto de la interpretación y su objetividad, en especial por su crítica al Movimiento de Estudios Jurídico-Críticos⁶ y al Análisis Económico del Derecho⁷ que han tenido grandes repercusiones en el mundo jurídico.

La pretensión exacerbada de bien y de progreso de la humanidad en el positivismo⁸ y el hecho de considerar al hombre sintéticamente⁹, establecieron las condiciones que dieron lugar a tesis omniabarcantes. Dichos trabajos, como los de Arnold Gehlen¹⁰, encontrarán su final junto con el nacionalsocialismo, y la crisis de la racionalidad que conllevó el final de la Segunda Guerra Mundial. Es en ese contexto es que Owen Fiss intenta reivindicar el papel del Derecho frente a las ideas del realismo jurídico americano y reposicionarlo como instrumento racional de política social progresista¹¹ en la que el juez no proyecta sus opiniones o preferencias respecto lo correcto o incorrecto ni adopta las de las partes ni la del cuerpo político sino que dice lo que exige la Constitución¹².

La necesidad de cumplimiento de la Constitución y las exigencias contemporáneas del Estado de Derecho, provocan que nos encontremos ante

⁴ *Ibidem*, p. 202.

⁵ La Brian Leiter Law School en su ranking de profesores por especialidades lo menciona como uno de los veinte profesores más citados en la materia constitucional y de derecho público; cfr. http://www.leiterrankings.com/faculty/2007/faculty_impact_areas.shtml#ConstitutionalLaw

⁶ Como uno de los principales representantes, cfr. MANGABEIRA UNGER, R., "The critical legal studies movement", *Harvard Law Review*, n° 96, 1983, p. 561-675.

⁷ Como uno de los principales representantes, cfr. POSNER, R. A., *El análisis económico del Derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., México, 2007.

⁸ HARRISON, F., "Positivism: Its position, aims and ideals", *The North America Review*, vol. 1702, no. 532, mar. 1901, p. 456.

⁹ La síntesis radicaba en ver a la naturaleza humana como humanidad; cfr. *Ibidem*, p. 457.

¹⁰ SAFRANSKI, R., *El mal o el drama de la libertad*, trad. de Raúl Gabás, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes-Tusquets, México, 2008, p. 87-99.

¹¹ FISS, O., *op. cit.*, nota 2, p. 204, 251.

¹² *Ibidem*, p. 204.

la dificultad de darle significado al texto constitucional¹³. De esta manera oscilamos entre el sentido literal y alegórico, son saber qué hacer cuando dos interpretaciones aparecen como rivales irreductibles y con la pretensión de descubrir si hay criterios para emitir un juicio respecto de una u otra como verdadera¹⁴. Ante la crisis de corte positivista respecto de una interpretación siempre clara y distinta surgen movimientos como el deconstructivismo, donde nos encontramos prisioneros en los prejuicios y los lenguajes, lo cual limita nuestra pretensión de objetividad¹⁵ ocasionando una interpretación infinita, tal como argüía Derrida.

A este tenor, Owen Fiss establece que los límites de la interpretación o adjudicación radica en que, al atribuirle significado mediante la especificación y la concreción¹⁶ a un texto, existen límites externos a la figura del juez lo que le da la nota de objetividad¹⁷. Fiss no niega que existe cierto grado de subjetividad, al contrario de lo deseado por los positivistas, pero establece que la libertad del intérprete no es absoluta sino que existen reglas que establecen el peso y relevancia del material, que definen los conceptos básicos y establecen circunstancias procedimentales idóneas bajo las cuales se produce una interpretación¹⁸.

Las reglas de interpretación, aclara el autor, no son simple estándares aplicables a los jueces sino que son principios constitutivos de la institución jurisdiccional pues los jueces se encuentran insertos en ella y son visibles a través de su actuación. Dichas reglas de la disciplina interpretativa operan de manera similar que las reglas del lenguaje¹⁹, en ese sentido, las reglas necesitan de cierta

¹³ Por lo menos la tesis de O. Fiss se concentra en la interpretación constitucional en el contexto estadounidense; cfr. *Ibidem*, p. 205.

¹⁴ Al respecto, cfr. Ricoeur, Paul, *El conflicto de las interpretaciones, ensayos sobre hermenéutica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

¹⁵ Las diferencias entre verdad como correspondencia, coherencia y pragmática que se relacionan con la lógica formal, material o dialéctica; cfr. BEUCHOT, M., *En el camino de la hermenéutica analógica*, Editorial San Esteban, Salamanca, 2005, p. 35.

¹⁶ FISS, O., *op. cit.*, nota 2, p. 205.

¹⁷ *Ibidem*, p. 206-207.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*.

autoridad, misma que es conferida por una comunidad²⁰ para obtener una objetividad limitada entendida como intersubjetividad²¹.

La mencionada comunidad interpretativa integrada por los jueces es una realidad derivada del oficio que les corresponde desempeñar a determinados sujetos, dentro del aparato judicial de una determinada comunidad política, que les permite expresarse con la autoridad del derecho²². En la citada comunidad se busca el consenso en una situación no limitada de comunicación y libre de dominación²³, donde la magistratura no utiliza dichas reglas en beneficio propio²⁴, ya que su autoridad deriva de la Constitución y se integran bajo el supuesto de que respetarán el *rule of law* como sus presupuestos básicos.

Bajo los presupuestos básicos de la comunidad interpretativa, Owen Fiss, distingue entre la objetividad y la corrección de la interpretación. La primera responde a la legitimidad de la interpretación en su conversión en legalidad²⁵, mientras que la segunda responde a la adecuación de los elementos del caso y a la comprensión de los datos relevantes. A pesar de que ambas calidades surgen de las mismas reglas, puesto que la objetividad se refiere a la fuerza limitativa de las reglas interpretativas y a la limitación del juicio, mientras que la corrección responde al contenido de las reglas pero desde la perspectiva interna, la legitimidad depende de la objetividad más que de la corrección²⁶. Llegados a este punto es preciso preguntarnos, cuál es el alcance de las dicotomías objetividad-subjetividad y corrección-error en el contexto de la legitimidad, dado que dicha precisión no es tratada en profundidad en la obra y, por tanto, queda en entredicho respecto de las consecuencias gnoseológicas al respecto²⁷.

²⁰ En ese sentido, es parecido a la propuesta de P. Ricoeur, es decir, acudir a la comunidad de interpretes mediante el diálogo para evitar la deriva infinita de la interpretación; cfr. BEUCHOT, M., *op. cit.*, nota 15, p. 33.

²¹ FISS, O., *op. cit.*, nota 2, p. 213.

²² En ese sentido se entiende que la jurisprudencia obliga a toda la comunidad judicial, práctica generalizada en la mayoría de los sistemas jurídicos; cfr. *Ibidem*, p. 208.

²³ PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, nota 1, p. 271.

²⁴ Al respecto, cfr. *Ibidem*, p. 273.

²⁵ Cfr. DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Ed. Cuadernos para el diálogo, 4ª ed., Madrid, 1972.

²⁶ Fiss, Owen, *op. cit.*, nota 2, p. 211 y 212.

²⁷ Respecto de los métodos de interpretación constitucional, se busca un equilibrio entre la prioridad del dato normativo, métodos formal y sistemático, y sus presupuestos fácticos, la interpretación material y evolutiva; cfr. PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, nota 1, p. 282.

Owen Fiss procede entonces a la identificación de rasgos característicos de la interpretación jurídica, mencionando el carácter prescriptivo de los textos²⁸, su pretensión de autoridad y la eficacia de las soluciones²⁹. En el primero de estos elementos intenta reposicionar a la ciencia jurídica respecto a la distinción positivista entre Derecho y moral, y percibe que ambos establecen normas de comportamiento adecuado, describiendo lo ideal mediante conceptos similares tales como la libertad, la igualdad, la prohibición de penas degradantes y la comprensión de los valores públicos constitucionales vistos a través de un prisma de moralidad para analizar el texto jurídico³⁰.

Respecto a la pretensión de autoridad de la interpretación, establece que el individuo tiene la obligación de obedecer la interpretación judicial, pues dicho aparato jurisdiccional forma parte de una estructura de autoridad que es conveniente preservar, no por el poder de la autoridad y la posibilidad de coerción, sino por la autoridad de la institución derivada de la virtud³¹ de proteger ciertos valores constitucionales y democráticos³².

De la segunda nota característica de la interpretación jurídica, procede el tratamiento sobre la eficacia de las soluciones, ya que la pretensión de autoridad debe articularse con la instrumentalidad del juicio, es decir, ha de disponer de los medios necesarios para la efectividad de la medida en la vida social y así preservar la empresa de conferir significado mediante la especificación y la concreción³³, aunque sin caer en excesos de dicha instrumentalidad.

Al mencionar la instrumentalidad de la labor interpretativa el autor critica el Análisis Económico del Derecho, ya que en esa concepción la razón jurídica resulta ser una mera herramienta al servicio de la maximización de la eficiencia económica³⁴. Se busca así reducir la falta de certeza en el juicio mediante un

²⁸ Se refiere a la diferencia entre proposiciones descriptivas y prescriptivas, al respecto, entre otros, cfr. KALINOWSKI, G., *Introducción a la lógica jurídica*, Ed. Universitaria, Buenos Aires, 1973.

²⁹ FISS, O., *op. cit.*, nota 2, p. 213-215.

³⁰ *Ibidem*, p. 216.

³¹ *Ibidem*, p. 219.

³² En este punto, el profesor Fiss parte de ideas de H. Kelsen y A. Hart, a lo que resulta conveniente también mencionar la obra de Robert S. Summers en el apéndice de la obra de ATIENZA, M., *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p. 221-232.

³³ Véase nota 14 y FISS O., *op. cit.*, nota 2, p. 219.

³⁴ *Ibidem*, p. 252.

análisis costo/beneficio, cuantificando valores y contingencias que no tiene sentido que sean cuantificados³⁵. Owen Fiss lo trata como un reduccionismo de la razón práctica normativa a otro tipo de razón, al parecer dotada de mayor 'cientificidad', a saber, la economía.

En el otro frente, la pretensión de autoridad y el carácter prescriptivo como notas características de la interpretación jurídica se ven atacadas por el Movimiento de Estudios Jurídico-Críticos, ya que para ellos el derecho no es una forma de racionalidad sino que se trata únicamente de cuestiones políticas que encuentran su expresión a través del derecho. En ese sentido, la doctrina del Movimiento de Estudios Jurídico-Críticos se concentra en criticar lo que carece de atractivo político, aunque sin proponer algo que lo sustituya y, por tanto, Fiss la caracteriza como políticamente irresponsable³⁶; el derecho para los adeptos de esta teoría no configura un instrumento para la habilitación de políticas de libertad e igualdad, sino un elemento para desenmascarar las políticas estatales aunque, remarcando, que no proponen nada en su lugar.

El Derecho como instrumento racional de política social progresista o moralidad pública que intenta defender el profesor Fiss, se ve constreñido por una parte, a la eficiencia y preferencias de mercado en el Análisis Económico del Derecho y, por el otro, en el Movimiento de Estudios Jurídico Críticos se imposibilita la racionalidad al afirmar la contradicción³⁷ de todas las estructuras normativas por ser simples reflejos políticos.

En ese sentido, para el profesor Fiss, el Derecho, y en específico la interpretación jurídica, tiene un carácter racional, objetivo y con criterios definidos de corrección. La racionalidad en la interpretación implica su carácter tanto procedimental como material, proceso que además es deliberativo, puesto que implica una serie de factores a considerar –los hechos, los alegatos de las partes, el derecho positivo aplicable, la jurisprudencia, etcétera– y que se convierte en paradigma³⁸ de toda decisión racional, en especial de aquellas de naturaleza

³⁵ *Ibidem*, p. 276; respecto de otra crítica a medidas 'proporcionalistas' véase también, FINNIS, J., *Fundamentals of ethics*, Georgetown University Press, Washington D.C., 1983, p. 86-94.

³⁶ FISS, O., *op. cit.*, nota 2, p. 260.

³⁷ Contradicción entendida como afirmación y negación que se contraponen y destruyen recíprocamente.

³⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Razonamiento y argumentación jurídica, el paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 37.

pública como formas de alcanzar los bienes humanos instrumentalmente así como en la declaración de derechos en la interpretación o adjudicación³⁹.

El principal problema de la teoría del profesor Fiss surge al intentar explicar el contenido material de la racionalidad en la interpretación. En ese sentido, se incluyen tanto las reglas de la interpretación en la comunidad jurisdiccional, como los valores culturales estadounidenses y los contenidos en la Constitución de dicho país⁴⁰. Las primeras implican la independencia judicial, la jurisdicción no discrecional, el debido proceso legal, la responsabilidad de sus decisiones y su justificación 'universalizable'⁴¹, que forman al intérprete habilitándolo para la objetividad en sus decisiones⁴². Recapitulando, la razón práctica de la que habla el profesor Fiss tendrá una vertiente procedimental –en tanto que propone ciertas vías para alcanzar ciertos fines y valores– y una parte material, en la que los valores y fines a alcanzar son aquellos contenidos en la Constitución y compartidos por la sociedad estadounidense⁴³.

Aquí entendemos que el autor intenta elaborar una argumentación que entienda que una verdad conceptual, ya sea de ética o de derecho, tiene un impacto en la actividad práctica de una persona⁴⁴. Aunque en dicha argumentación no se parte de primeros principios universales, aquí debemos remarcar que las concepciones de Derecho no solo la conciben como una técnica social específica sino que marca el carácter práctico de los componentes del concepto y, ante la falta de primeros principios universales, nos encontraríamos ante la dificultad de poder asignar el carácter de 'universal' a las argumentaciones normativas, y por tanto, carecerían de fuerza persuasiva, afectado directamente a la pretensión de autoridad.

La referencia a los valores públicos en determinado contexto social como referencia última, incapacita para justificar una argumentación con pretensiones universales. Los movimientos entre la evaluación de bienes humanos y de razonabilidad práctica, y las explicaciones descriptivas –tales como elementos

³⁹ FISS, O., *op. cit.*, nota 2, p. 270.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 288 y 315.

⁴¹ *Ibidem*, p. 217.

⁴² Como ya se mencionó, la objetividad es 'limitada' y entendida como intersubjetividad dentro de la comunidad interpretativa judicial; véase nota 21.

⁴³ O cualquier otra sociedad en el país que se trate.

⁴⁴ MACINTYRE, A., *Historia de la ética*, trad. de Roberto Walton, Paidós, Barcelona, 1991, p. 13.

culturales, históricos, sociales y estadísticos– suponen un problema, puesto que deducir los bienes humanos y requerimientos de razonabilidad práctica de hechos de la situación humana terminan, bien en un discurso apologético sobre ciertos juicios éticos y políticos en un momento determinado, o bien en alabanzas o reproches sobre la actuación de determinados sujetos⁴⁵. En ese sentido, las ciencias sociales descriptivas se encuentran libres de todo valor evaluativo⁴⁶. La teoría del profesor Fiss, en ese contexto, carece de un análisis sistemático del uso de la razón práctica y sus límites.

Asimismo, del estudio de su obra vemos que tanto las reglas de la interpretación judicial dentro de la comunidad de la magistratura y su referencia a los valores públicos de cierta comunidad, como elementos procedimentales y materiales, descansan en el consenso para su creación. A este tenor, podríamos encuadrar su teoría dentro de lo conocido como teorías constructivistas, las cuales tienen problemas lógicos en la interpretación, ya que si las premisas tienen un carácter subjetivo u opinativo –lo que cada uno ‘cree’– no pueden llegar a conclusiones que tengan otro carácter⁴⁷. En ese sentido parece que la construcción de la teoría del profesor estadounidense no descansa en ninguna “realidad moral”, sino que su única fuente es una opinión mayoritaria que no supera completamente los argumentos del Movimiento de Estudios Jurídico-Críticos en la libre *creación* de significado de los textos, ni la deriva infinita de interpretaciones.

Se pueden hacer entonces diversas reflexiones respecto a la objetividad y corrección de las decisiones judiciales. Las decisiones son objetivas, desde un punto de vista interno, puesto que se adecuan a las reglas de disciplina y a la autoridad judicial, sin importar que estas puedan ser incorrectas. Esta corrección radica en el contenido de las reglas durante el proceso de adjudicación, es decir, en el conocimiento de los hechos del caso a la normatividad aplicable. Del mismo modo, las decisiones se podrán evaluar en su corrección desde un

⁴⁵ FINNIS, J., *Natural law & natural rights*, Oxford University Press, 2ª ed., Oxford, , 2011, p. 17. En ese sentido, la referencia a la inferencia ilícita de derivar una proposición prescriptiva o de “deber ser” de una proposición descriptiva o de “ser”, cfr. *Ibidem*, p. 33-47.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ La regla lógica de que la conclusión sigue la parte ‘débil’ de las premisas; además cfr. Massini CORREAS, C. I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, 59-64.

punto de vista externo, comparándolas con la ética o la religión⁴⁸ quedando únicamente recursos políticos de desobediencia al derecho.

De lo anterior, resulta claro que el baremo para evaluar la corrección desde un punto de vista externo radica en la moral o la ética pública, pero no queda claro desde el punto de vista interno, ya que éstas no dicen nada de contenidos de ética pública sino que solo son principios de la comunidad judicial. De lo anterior podemos entender que la concepción de la interpretación judicial y sus criterios de corrección deberían depender de estructuras jurídico-normativas que no podrían residir en la Constitución ni en ningún otro producto del legislador, generando problemas por la separación entre la corrección del juicio sin relación con ningún concepto de verdad⁴⁹.

Con respecto del préstamo sustantivo que hace el Derecho de la moralidad contenida en la Constitución, se interpreta un texto y los contenidos morales o valores del mismo⁵⁰, aunque la Constitución solo se presenta como una moralidad de hecho. Por moralidad de hecho entendemos una moralidad que descansa en lo decidido mayoritariamente en la Constitución en un momento social, cultural y político determinado, y que difícilmente puede ser concebida como un elemento ideal para una teoría de la interpretación jurídica, haciéndola depender de un mero hecho⁵¹, de lo que resulta imposible tanto su universalización como justificación.

Ante las consideraciones anteriores, la moralidad fáctica contenida en la Constitución será la que dé justificación a la interpretación judicial, y en este sentido se busca fundamentar la objetividad del juicio como deónticamente necesario en una cuestión contingente, como los contenidos éticos modificables en un determinado texto, es decir, que solo podrán seguirse conclusiones

⁴⁸ Da el ejemplo del caso *Scott vs. Sandford*, 60 US 393, respecto de la esclavitud y la condena que se hizo a esta decisión judicial evaluada desde criterios éticos para 1857; cfr. Finkelman, Paul, "Scott vs. Sandford", en Boyer, Paul (ed.), *The Oxford companion to United States history*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 693-694.

⁴⁹ De ahí el esfuerzo de algunos filósofos de reconstruir la ontología considerando sus límites hermenéuticos, al respecto, cfr. Beuchot, Mauricio, *op. cit.*, nota 15.

⁵⁰ FISS, O., *op. cit.*, nota 2, p. 216.

⁵¹ Al respecto cfr. MASSINI CORREAS, C. I., *La falacia de la falacia naturalista*, EDIUM, Mendoza, 1995.

particulares⁵², lo que ocasiona una incompleta remisión o una total explicación de la realidad jurídica como principal problema de este modelo deliberativo.

La argumentación de profesor Owen Fiss falla al dar una respuesta a la justificación racional del juicio interpretativo coherente dentro del sistema jurídico y del papel del juez en la aplicación del derecho. Ante esto, es conveniente plantearnos nuevas posibilidades respecto a la racionalidad del juicio, así como otras formas de concreción de los principios y normas para que sean universales.

⁵² En este particular partimos de la cuestión metaética de que sí existen hechos morales, es decir, de una teoría moral sustantiva a partir de la reconstrucción de la ontología que se desarrolla en la filosofía contemporánea, entre otros, cfr. Moreso, Juan José, *La constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 69-92 y Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, Editorial siglo XXI, México, 2005.

ANTITRUST LAW AND POLICY ON A2K COMPULSORY LICENSING: EARLY FIRST EXPERIENCES OF JUDICIAL ACTIVISM IN JAPAN

Pablo Zapatero Miguel

*Profesor contratado doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones
Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid*

1. JUDICIAL ACTIVISM

Intellectual property (IP) and competition have a complex relationship. In its own terms, IP protection creates limited exceptions to competition rules. However, deadweight losses may occur (losses incurred when potential consumers cannot afford to buy a patented product or service) in the event of unrestrained freedom to exploit knowledge-based monopolies and subsequent monopoly pricing. As a result, IP and competition law and policy are inevitably called to converge in socially sensitive areas¹.

This is particularly the case of access to affordable medicines in the developing world: access to medicines in developing countries is probably one of the most critical and promising policy areas for domestic tribunals, regulators and adjudicators to use competition law with a pro-health legal

¹ See generally, GHIDINI, G., *Intellectual Property and Competition Law: The Innovation Nexus*, Edward Elgar, 2006, pp.99-118 (chapter 5), FOX, E. M. "Can Antitrust Policy Protect the Global Commons from the Excesses of IPRs?" in K. E. Maskus and J. H. Reichman, eds., *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge University Press, 2005 and, particularly, GALLINI, N.T, and TREBILCOCK, M., "Competition policy and intellectual property rights" *Competition policy and intellectual property rights in the knowledge-based economy*, Robert D. Anderson and Nancy T. Gallini (Eds.), University of Calgary Press, 1998, pp. 17-61.

rationale in mind². In this regard, antitrust rules can be strongly instrumental in creating pro-health interpretations of the TRIPs agreement in developing countries³.

In fact, countries have full regulatory autonomy to define what may be deemed anti-competitive conduct according to the virtually unexplored TRIPs article 40: practices such as the so-called “sham litigation”, “patent clusters”, “evergreening”, broad patents that block research, and other corporate practices can be thus scrutinised by the competition authorities in developing countries in order to secure affordable prices for essential drugs in their domestic pharmaceutical markets.

Interestingly, excessive pricing itself, or the refusal to negotiate voluntary licences (thus blocking the access of generic competitors to essential facilities), can be also read as anti-competitive practices and can thus be potentially subject to the adjudication of judicial and antitrust authorities.

In the past two decades, technology-importing countries in the developing world have begun to promote pro-health judicial and regulatory activism in the area of competition law as a policy instrument of their (market-oriented) development strategies. These public practices are increasingly perceived as leverage for promoting welfare creation in domestic and (global) IP areas⁴. As a result, some judicial and competition authorities in developing countries are already exploring pro-health readings of competition law to ensure that their citizens are able to access medicines at affordable prices.

These public initiatives can certainly be helpful. It is true that addressing pharmaceutical anti-competitive practices requires complex economic analysis, high transaction costs, and skilled regulators, as well as complex

² For a pre-TRIPs history of the impact of pharmaceutical cartelisation on the health care systems of developing countries see GEREFFI, G. *The Pharmaceutical Industry and Dependency in the Third World*, Princeton University Press, 1983.

³ AVAFIA, T., BERGER, J., and HARTZENBERG, T., “The ability of select sub-Saharan African countries to utilize TRIPs Flexibilities and Competition Law to ensure a sustainable supply of essential medicines: A study of producing and importing countries”, *Trade Law Center for Southern South Africa (TRALAC) Working Paper No. 12 Stellenbosch*, 2006, p.52.

⁴ DREXL, J., “The Critical Role of Competition Law in Preserving Public Goods in Conflict with Intellectual Property Rights,” in K. E. Maskus and J. H. Reichman, eds., *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005): at 709-725.

administrative and judicial processes⁵. However, the benefits clearly outweigh the costs. In terms of comparative law in general, competition authorities and tribunals enjoy not only a more proactive role, but also more independent investigative powers than patent authorities in pursuing cases which are in the public interest. In fact, cases can be pursued on the simple basis of third party complaints, which is essential for public interest litigation and advocacy. Conversely, patent law normally tends to rely on directly interested parties who are often reluctant to dedicate time and resources to costly and complicated litigation.

Patent licensing procedures and competition law procedures differ from each other in key structural features. Basically, competition law procedures make it easier to promote public interest. The very fact that competition authority inquiries are public, and focus on the legality or illegality of a given practice is, in this regard, critical in terms of public interest. Last, but not least, competition law is punitive, and thus is based on a more efficient (carrots and sticks) regulatory structure than the former. In consequence, it is self-evident that competition authorities and tribunals in developing countries may play a critical long-term role in access to affordable medicines by issuing compulsory licensing (CL) with the help of HIV activists or Access to Knowledge (A2K) constituencies in general.

2. ANTITRUST ADJUDICATION

In modern global politics, alternative policy actions by some countries often set precedents for others around the world. Promisingly, several competition tribunals and authorities from the developing world have recently begun to tackle, in particular, *excessive pricing* of pharmaceuticals, and are thus providing an example to others. The South African Competition Commission was among the first competition authorities in the developing world to use the stated purposes of its applicable (read competition) rules with a pro-generics rationale in mind:

⁵ REICHMAN, J., "Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options", *Journal of Law Medicine*, 2009: 253 and E. M. Fox, "Can Antitrust Policy Protect the Global Commons from the Excesses of IPRs?" in K. E. Maskus and J. H. Reichman, eds., *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalised Intellectual Property Regime* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005): at 758,758-769.

Section 2 of the Competition Act states that its purpose is to promote and maintain competition “to promote the efficiency, adaptability and development of the economy”, “to provide consumers with competitive prices and product choices” and “to advance the social and economic welfare of South Africans”. Section 8, in turn, determines that it is prohibited for a dominant firm “to charge an excessive price to the detriment of consumers [and to] refuse to give a competitor access to an essential facility when it is economically feasible to do so”.

Among the most successful uses of competition law regarding generics in South Africa was a complaint brought before its competition commission against GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim in 2002, as well as an agreement obtained from Bristol-Myers Squibb by an NGO, under the threat of an antitrust complaint in 2005. Both cases are based on abuse of dominance, and focus extensively on excessive pricing with regard to pharmaceutical products for the treatment of HIV infection and AIDS-related diseases. Both cases provide extremely interesting insights on non-conventional (or alternative) policy uses of competition law and policy in the pharmaceutical area⁶.

In *Hazel Tau and Others v GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim*, the complainants bluntly alleged that the prices that GSK and BI were charging for their products were responsible for the premature, predictable and avoidable loss of human lives. The Commission found GSK and BI guilty of anti-competitive behaviour by engaging in restrictive practices that violated the Competition Act of 1998’s prohibitions against excessive pricing (section 8(a)), denying a competitor access to essential facilities (section 8(b)) and exclusionary acts with an anticompetitive effect outweighing technological, efficiency or other pro-competitive gains (section 8(c)).

The Competition Commission also referred their refusal to license generic manufacturers to the competition tribunal for a ruling, and requested that the tribunal “make an order authorising any person to exploit the patents to market generic versions of the respondents patented medicines or fixed dose combinations that require these patents, in return for the payment of a

⁶ BERGER, J., *Advancing public health by other means: using competition policy to increase access to essential medicines*. Bellagio Series on Development and Intellectual Property Policy: Policy Options for Assuring Affordable Access to Essential Medicines, ICTSD, 2004.

reasonable royalty". In addition, a penalty of 10% of the annual turnover of the respondents' ARVs was recommended for each year that the aforementioned companies were found to have infringed the Competition Act. Interestingly, in the following months, the companies agreed to negotiate voluntary licences with generic companies to avoid not only a legal precedent, but a PR disaster⁷. The agreement allowed generic products still under patent to be available for the first time in the history of South Africa.

In the latter case, TAC (Treatment Action Campaign) advocates also threatened BMS with filing a complaint on the back of the previous case, aiming to open up access to key first line AIDS medicine patents. For TAC, BMS was charging excessive prices for an off-patent product under a *de facto* monopoly which was already being marketed at substantially lower prices in countries such as Brazil, among others. Before any formal decision by the Commission, BMS agreed to settle the issue by offering a price cut of approximately 80%.

In short, some first pro-generics experiences are already available in developing world competition law and policies.

It should also be recalled that technology-exporting countries such as the United States already make strategic use of compulsory licensing to remedy anti-competitive practices. In fact, the US administration is exemplary in this regard, as it has long been particularly active in granting compulsory licences to correct antitrust practices. Paradoxically, judicial and administrative authorities have used compulsory licensing decrees in antitrust law and policies as a remedy in over 100 case settlements including pharmaceutical cases involving meprobamate, synthetic steroids, the antibiotics tetracycline and griseofulvin, and basic biotechnology patents⁸.

It is not just the US administration and tribunals that have been active in making use of pro-competition CL in the field of pharmaceutical patent protection. The Italian Competition Authority, for example, already granted its first three compulsory licences under article 31(k) in last decade. On 21 June 2005, the Italian Competition Authority granted a compulsory license against Merck for its refusal to license an antibiotic (Imipenem Cilastatin) and, on 8

⁷ AVAFIA, T., BERGER, J. and HARTZENBERG, T., "The ability of ... op.cit. pp.27-32.

⁸ See SCHERER, F., *Competition policy, domestic and international*, E. Elgar Publishing, 2000, p.352.

February 2006, against GSK for its refusal to negotiate with Fabbrica Italiana Sintetici SpA a voluntary license for the manufacture of an active ingredient (Sumatriptan Succinate) to produce a migraine drug. Also, on 21 March 2007, the Italian Competition Authority issued a compulsory license for the active ingredient (Finasteride) of a product used to treat prostatic hypertrophy, prostate cancer and baldness. The three of these compulsory licences involved exports (trade in generics) to other European countries⁹.

In consequence, it is reasonable to suggest that judicial and administrative authorities in developing countries should seriously benchmark these pro-health readings on the competition laws and policies of technology-exporting countries, in order to obtain extra negotiating leverage in relation to their own policies. This is particularly the case with regard to the major export-oriented generic producers from the developing world such as India, Brazil and China, among others.

It is also important not to underestimate the empowering legal language of competition in promoting pro-health public policies in the developing world. In this sense, competition rules and policies allow not only judicial and regulatory authorities but also health ministers to take a more vigilant and proactive role (*vis a vis* other domestic agencies) with regard to health-related economic law and policymaking.

3 INTER-STATE BENCHMARKING

Limitations and exceptions to patent rights are essential to development, and domestic judicial authorities have much to say in this regard. The issue is in fact already part of the implementation measures on the WIPO Development Agenda. The WIPO Standing Committee on the Law of Patents (SCP) has been considering “Exceptions and Limitations to Patent Rights” as an agenda item. In June 2008, the SCP asked the WIPO Secretariat to establish preliminary studies on “exceptions from patentable subject matter and limitations to the rights, inter alia research exemption and compulsory licenses”. Interestingly, in 2010, Brazil proposed setting up a working program

⁹ See IP/C/61 *Annual Review of the Decision on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health, Report to the General Council* (18 November 2011), paragraphs 51-54.

on this issue for the purpose of drawing up a WIPO public policy manual on exceptions and limitations¹⁰.

However, tensions are enormous. For example, Delegates at the 18th session of the WIPO Standing Committee of the Law of Patents (SCP) between 21 and 25 of May 2012 were not able to reach agreement on its own future work program, as a result of the strong differences that arose when working on agenda items such as patents and health, exceptions and limitations to patent rights, quality of patents and technology transfer. Positions between Group B (industrialized countries) –particularly United States and EU– and developing countries were irreconcilable as a result of a joint proposal on this future program tabled by the African Group and the Development Agenda Group¹¹.

In addition, recent US judicial practices regarding CL permanent injunctions (TRIPs article 44) are already being considered by developing countries as potential new alternatives to widen policy space with regard to export-oriented pharmaceutical CL. In this regard, compulsory licenses granted under Part III of the TRIPS (enforcement) and thus those based on article 44 (injunctions) are under a different regime than the compulsory licenses granted under the procedures of Part II (standards): the former are not subject to the restrictions existing for Article 30 and 31.

In the chessboard politics of global IP standards, the African Group/DAG thus made a strategic move in 2011, by requesting that the International Bureau of WIPO “organize a technical workshop on state practice involving the compulsory licensing of medical technologies, including the application of TRIPS Articles 30, 31 and 44”¹².

The balance between exclusivity (patent monopoly rights) and public interest is generally considered to be provided by the subtle interplay of articles 30 and 31. Therefore, it is as part of this interplay that TRIPs-consistent policy options are conventionally defined nowadays: article 30 details substantive criteria for exceptions to exclusivity and article 31 details a list of procedural requirements to limit exclusivity. However, article 44 also potentially provides for further flexibility with regard to permanent injunctions.

¹⁰ See SCP/14/7, Proposal from Brazil, Standing Committee on the Law of Patents, Fourteenth Session, Geneva, (January 20, 2010).

¹¹ See in particular SCP/16/7 *Joint proposal of the African Group and the Development Agenda Group* (may 18, 2011).

¹² See SCP/16/7.

In fact, some US cases regarding CL injunctions with export-oriented elements are already being tracked by developing countries as a result of a landmark US Supreme Court judgment on CL in 2006: *eBay Inc. v. MercExchange*¹³. In this high-profile case, in which MercExchange alleged that eBay had violated its patents and requested that the Court grant a permanent injunction, the Supreme Court held that the plaintiff had to satisfy a four-factor test based on equity before a court could issue a permanent injunction in respect of compulsory licences. For the court, this four-factor test for permanent injunctions is necessary on the grounds of principles of equity, namely criteria such as (1) having suffered an irreparable injury, (2) inadequate legal remedies (i.e. compensation) being unable to compensate the injury, (3) balancing the “hardships between the plaintiff and defendant”, and (4) not disserving the public interest.

Following this judgment on the issuance of compulsory licences, there have been several such cases in the United States¹⁴. Thus, for example, in the case of *Edwards Lifesciences v. CoreValve* in 2011, a compulsory license was granted in the US for manufacturing an export-oriented medical device to treat aortic valve stenosis¹⁵. The African Group/DAG, and particularly India, are already benchmarking those judicial experiences in order to obtain further policy space for their export-oriented generic industries¹⁶. However, there are vested interests involved against these new policy trends.

4. CORPORATE CAPTURES

Modern patent systems have created high returns on revenues, assets and shareholders' equity for decades, resulting in the pharmaceutical industry being annually ranked among the most profitable industries in the world. The figure

¹³ See *eBay Inc. v. MercExchange, LLC*, 547 U.S. 388, 391 (2006).

¹⁴ See MACE, A., “TRIPS, eBay, and denials of Injunctive Relief: is article 31 compliance everything?”, *Columbia Science and Technology Law Review*, Vol.X (2009): 233-266 and COTROPÍA, Ch. A., “Compulsory Licensing Under TRIPS and the Supreme Court of the United States’ Decision in *eBay v. MercExchange*”, *Comparative Patent Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar 2008, pp.557-583.

¹⁵ See *Edwards Lifesciences v. CoreValve, Inc. and Medtronic CoreValve, LLC*, No. 2011-1215, -1257, Fed. Cir. (2011).

¹⁶ See Doc IP/C/M/67, *Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights-Minutes of meeting*, 24-25 October and 17 November 2011), (15 February 2012), paragraphs 221-223.

provided by PhRMA itself in its 2011 industry profile reached \$ 67.4 billion on Global R&D by all private companies in 2010¹⁷. For that same year, the estimate on Global Sales by industry-friendly IMS Health Market Prognosis reached \$856 billion¹⁸.

These revenues are highly concentrated in the markets of developed countries but global IP standards and enforcement have fuelled CEOs and shareholders' expectations on high future returns on investments in pharmaceutical R&D and marketing.

In practice, this phenomenon has produced a "global money illusion" on exponential increases of corporate profits. As a result, brand-name pharmaceutical companies are involved in aggressive strategies to secure worldwide monopoly rents, and not open to other profitable but also wealth-enhancing strategies.

For example, brand-name pharmaceutical companies could easily obtain profits at least comparable to those of generic producers (profiting from off-patent medicines in developing countries) by simply selling their brand-name products to larger numbers of poor people at *very* low prices¹⁹. That was in fact the rationale of the government of Thailand, when it officially suggested shifting pricing strategies based on 'low-volume, high margin returns' to 'high-volume, low margin returns'²⁰.

However, brand-name companies are less focused on price-based competition with generic companies than on derailing them from global pharmaceutical markets through aggressive lobbying and litigation. In this regard, it is reasonable to argue that their business model should be reconsidered.

The recommendations of the WHO Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health (CIPRH) to companies are clear: "companies should adopt patent and enforcement policies that facilitate greater

¹⁷ See 2011 PhRMA industry profile, page 2.

¹⁸ See "Total Unaudited and Audited Global Pharmaceutical Market: 2003-2010", *IMS Health Market Prognosis* (March 2011).

¹⁹ REICHMAN, J., "Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options", 37 *Journal of Law, Medicine and Ethics* (2009): 247-263.

²⁰ See "Facts and Evidence on the 10 Burning Issues Related to the Government Use of Patents on Three Patented Essential Drugs in Thailand", Ministry of Public Health and National Health Security Office, Thailand, February 2007.

access to medicines needed in developing countries. In low income developing countries, they should avoid filing patents, or enforcing them in ways that might inhibit access²¹.

In any case, socially wasteful rent-seeking judicial strategies of pharmaceutical companies in developing countries cannot reasonably be inhibited through mere voluntary initiatives of corporate social responsibility (CSR) but reforming legal institutions. These companies are not run by simply unethical people but basically run according to socially inefficient public incentives structures: in short, these companies are tied too tight to the mast of profit maximization by modern corporate law (the corporate form) itself, but also by financial markets.

²¹ See *Public Health, Innovation and Intellectual Property Rights*, CIPIH Final Report, WHO, 2006, paragraph 4.16, page 181.

COLECCIÓN GREGORIO PECES-BARBAS

Coordinadores:

María del Carmen Barranco Avilés,

Óscar Celador Angón,

Félix Vacas Fernández

1. Perspectivas actuales de las fuentes del derecho (2011).
2. Perspectivas actuales de los sujetos de derecho (2012).
3. Perspectivas actuales en la aplicación del derecho (2014).

**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales