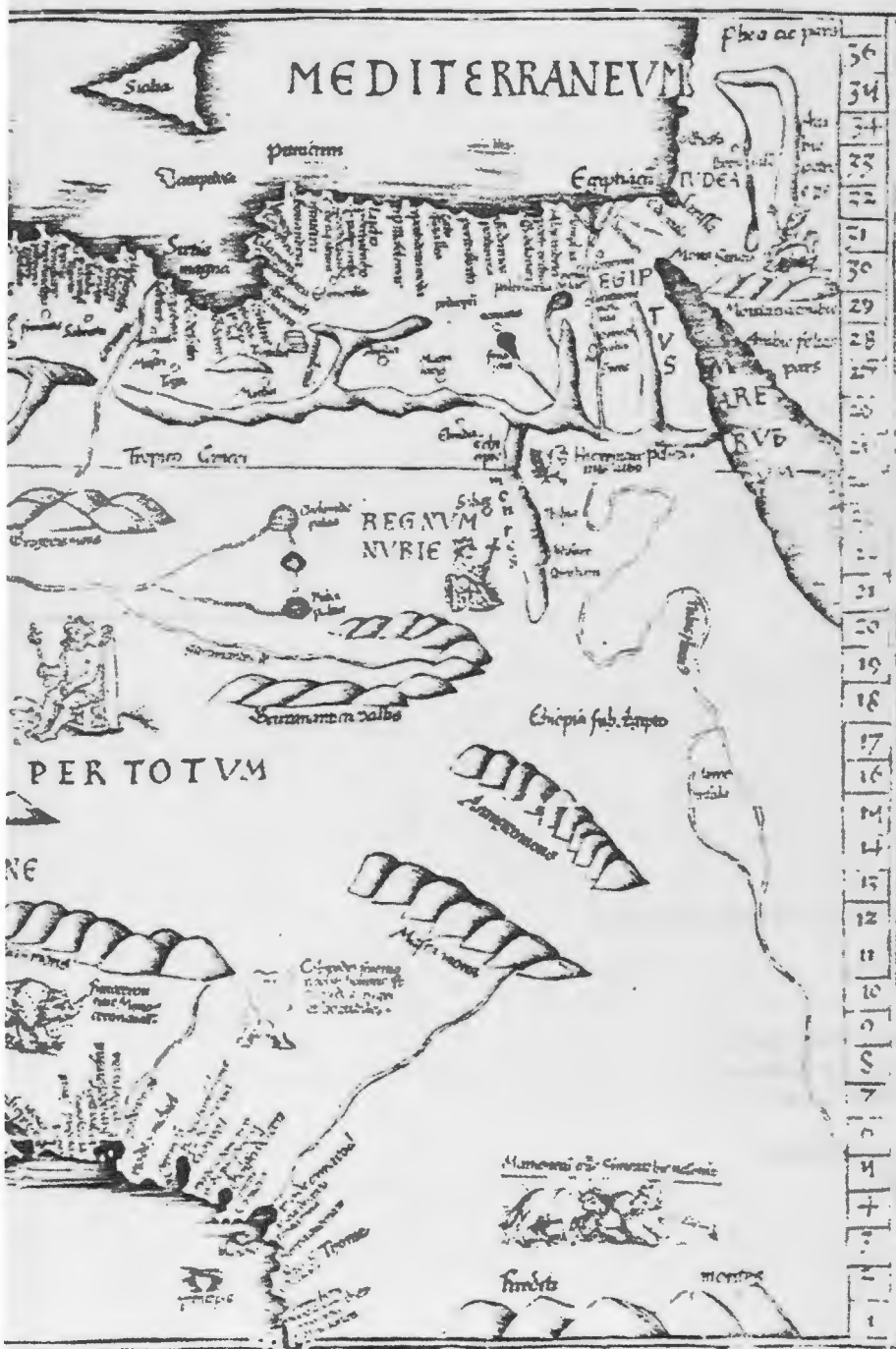


*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

88

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez

Diputado Segundo

Javier Ayala Galán

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Noemi Fernández Álvarez

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintés

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXVI

Mayo - Diciembre

1993-II y III

SUMARIO

	Págs.
<i>“La Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. El juicio en ausencia y el recurso de anulación”</i> por don FRANCISCO JOSÉ TRUJILLO CALVO	9
<i>“La participación de los trabajadores en los resultados económicos y en la propiedad de la empresa”</i> por don JUAN JIMÉNEZ GARCÍA	27
<i>“Notas acerca del transexualismo en relación con la adopción y el acogimiento de menores”</i> por don VICENTE JOSÉ ROJAS FRIEND	65

	Págs.
<i>“La delincuencia económica. Análisis del fenómeno”</i> por don GONZALO QUINTERO OLIVARES	75
<i>“Los derechos fundamentales como presupuesto y fin de la actividad administrativa”</i> por don MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA	95
<i>“El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución en la jurisprudencia de la justicia ordinaria”</i> por don JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR	117

LA LEY ORGÁNICA 7/1988, DE 28 DE DICIEMBRE. EL JUICIO EN AUSENCIA Y EL RECURSO DE ANULACIÓN

FRANCISCO JOSÉ TRUJILLO CALVO
ABOGADO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

ANTECEDENTES.

EL RECURSO DE ANULACIÓN.

TRAMITACIÓN DEL RECURSO.

CONCLUSIONES.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

INTRODUCCIÓN

Creemos que por la suma importancia de la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debemos comenzar nuestro trabajo haciendo una breve reseña de la misma.

En efecto, la modificación originada por su Título III, referido al Procedimiento Abreviado para determinados delitos, que encuadra los artículos 779 al 798, ha adquirido tal importancia que casi la totalidad de las causas penales se tramitan en base al procedimiento que en ella se regula.

Así, la Ley que estamos estudiando unifica en su redacción los procedimientos existentes hasta entonces por delitos menos graves —los dos de urgencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el de la Ley Orgánica 10/1980 de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes—, manteniendo únicamente la diversidad imprescindible por razón de la competencia.

No entraremos en esta introducción en el dilema de si estamos realmente ante un único proceso abreviado para determinados delitos o si, por el contrario, nos encontramos ante diversos procedimientos, baste señalar la opinión de Arturo Majada sobre el tema cuando dice que: “estamos ante procesos con diferentes objetos delictivos y que han de ser juzgados por distintos órganos jurisdiccionales”⁽¹⁾.

Las características esenciales del nuevo procedimiento son:

PRIMERO.— Según el preámbulo de la Ley Orgánica se intenta “aligerar el proceso penal de actuaciones inútiles, evitando la repetición de las que se hayan realizado con la asistencia de Abogado”, con ello, en aras de la economía y rapidez del procedimiento, la tendencia legislativa es la de perseguir una dudosa economía procesal evitando, en lo posible, la declaración en rebeldía.

SEGUNDO.— Regula el enjuiciamiento de “los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a la de prisión mayor, o bien con cuales-

(1) Arturo Majada, *Práctica Procesal Penal*. Procedimiento Abreviado, pág. 3.

quiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualesquiera que sea su cuantía o duración”, quedando, por tanto, fuera de este amplio abanico de delitos únicamente aquellos penados con reclusión menor o mayor.

TERCERO.— Se concede al Fiscal la posibilidad de practicar por sí mismo diligencias comprobatorias de cualquier hecho aparentemente delictivo con independencia del Juez instructor, así como instar la conclusión de la investigación tan pronto lo estime oportuno.

CUARTO.— Se amplían las facultades del Abogado defensor asimilándolo, en cierta forma, al Procurador, facilitándose su designación desde el momento de la imputación del delito.

QUINTO.— Se regulan las funciones de la Policía Judicial dándole mayor potestad de actuación y un valor al atestado policial.

SEXTO.— Será apelable por escrito la sentencia dictada por el Juez de lo Penal ante la Audiencia Provincial, dentro del plazo de diez días, sin comparecencia ni alegaciones de las partes; la Vista se celebrará comenzando por la práctica de la prueba y sólo si la Audiencia lo estima oportuno.

SÉPTIMO.— Se crea la figura del Juez de lo Penal y señala que se mantiene el acceso al Recurso de Casación limitado a las sentencias dictadas por las Audiencias en única instancia.

OCTAVO.— Se intenta garantizar los derechos de las víctimas y las garantías constitucionales del inculpado, punto que cuestionaremos en el transcurso de este trabajo; se da a las partes la posibilidad de solicitar el sobreseimiento del caso; se crea el controvertido JUICIO EN AUSENCIA DEL INCULPADO y surge el preceptivo RECURSO DE ANULACIÓN de la sentencia dictada en ausencia.

Con todo ello, el legislador ha intentado simplificar en lo posible el procedimiento y conseguir una mayor protección de las garantías del inculpado reconocidas en la Constitución, aunque el resultado, la oscuridad y fragilidad de algunos preceptos pueda ser largamente discutido.

ANTECEDENTES

Tras la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, nos encontramos con dos manifestaciones que permiten la celebración del juicio en ausencia del acusado y en rebeldía, éstas con la Ley de Contrabando de 13 de septiembre de 1904, en la que se observa una clara tendencia a cumplir y ejecutar ante todo las sentencias “se ejecutará en cuanto al comiso y demás penas pecuniarias si hubiere bienes”⁽²⁾ con la intención de restablecer los perjuicios económicos y, existiendo la posibilidad de que el reo abra nuevamente la causa si lo reclama dentro del año.

Y la Ley 122/1962 de 24 de diciembre de Uso y Circulación de vehículos de motor, que trata el juicio en ausencia y rebeldía resultando que deberá citarse al acusado rebelde “a través de cédula publicada por el medio más rápido e idóneo”⁽³⁾.

Con este medio de citación, la indefensión del acusado era clara, dado que incluso podría llegarse, muy fácilmente, a desconocer la fecha en que iba a ser enjuiciado.

De esta forma, en aras de una celeridad de ejecución, se olvidaban los derechos fundamentales de la persona, así la indefensión del acusado era clara, llegando incluso al límite de que, en numerosas ocasiones, desconocerá la fecha del juicio.

Habría que esperar cinco años, a la Ley 3/1967 de 8 de abril, para ver solventada, en cierta forma, la indefensión del acusado.

Fue esta Ley de 8 de abril de 1967 la que configuró definitivamente el Título III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal así, el artículo 791, en su regla octava decía:

“Por la ausencia injustificada del acusado o del tercero civil responsable, que tuvieron domicilio conocido, no se suspenderá la celebración del Juicio siempre que hubieren sido citados personalmente y el Juez estime que existen elementos suficientes para juzgarlos”.

(2) Ley de 3 de septiembre de 1904. Art. 117.

(3) Ley de 24 de diciembre de 1962. Art. 29.

Con el desglose del mencionado artículo, podemos observar la claridad y concreción del mismo, se exigía:

- 1.— Que la ausencia fuese injustificada.
- 2.— Que el acusado o el tercero civil responsable tuvieran domicilio conocido y hubiesen sido citados personalmente.
- 3.— Que el Juez estimase que existían elementos suficientes para juzgarlos.

En ninguno de los puntos reseñados, ni en ningún artículo de la Ley de 1967 se mencionaba la posibilidad de un ulterior recurso, con lo que en opinión de don José Vicente Reig Reig, a la que nos sumamos, “lo que se perdía en cuanto a una posible disminución de la defensa del condenado, se ganaba en seguridad jurídica, al no dar pie a una situación de incertidumbre y pendencia que es, precisamente, uno de los graves defectos que se atribuyen al Recurso de Anulación”⁽⁴⁾.

La Ley Orgánica 10/1980 de 11 de noviembre, introdujo el Juicio en ausencia del acusado en el procedimiento que creaba, en aquellos delitos dolosos en los que se solicitaban penas no privativas de libertad y duración no superior a seis años, o penas privativas de libertad de esta misma duración si se trataba de delitos flagrantes.

Con la nueva redacción estimamos, como parte numerosa de la Doctrina, que se empeoraba considerablemente la articulación anterior, habiendo retrocedido nuevamente a la posición donde lo importante era la celebración del Juicio, no contando para el legislador los derechos del acusado.

Dada la controversia y fragilidad de las legislaciones, en torno a este punto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Resolución (75) 11, adoptada el 21 de mayo de 1975, sobre criterios a seguir en el procedimiento en ausencia del inculcado, recomienda a los Estados Miembros observar, entre otras, las reglas mínimas siguientes:

PRIMERA.— Toda persona debe ser citada, con carácter previo, con tiempo suficiente para poder preparar su defensa, salvo que se substraiga voluntariamente a la acción de la Justicia (I.1).

SEGUNDA.— La citación debe precisar las consecuencias de la eventual ausencia del imputado en el Juicio (I.2).

(4) El Juicio oral por delitos en ausencia del acusado. Art. 793.1 y 797 de la L.E.Cr. José Vicente Reig Reig, pág. 21.

TERCERA.— En el Juicio de ausencia se practicarán las pruebas de forma ordinaria, teniendo la defensa derecho a intervenir (I.5).

CUARTA.— La sentencia deberá notificarse al inculpado según las reglas de citación y los plazos de recurso sólo correrán desde el momento en que el condenado tenga conocimiento de la misma (I.6).

QUINTA.— El juzgado en ausencia podrá impugnar la sentencia a través de todos los recursos que fueren procedentes de haber estado presente (I.7).

SEXTA.— Del mismo modo, el condenado en ausencia dispondrá del Recurso de Nulidad si su incomparecencia fue por causa involuntaria (I.8 y 9).

Doce años después, el 17 de septiembre de 1987, en la 410 Reunión de los Delegados de los Ministros, se recomienda a los Estados Miembros: “que consideren la posibilidad de permitir a los órganos judiciales sentenciadores, al menos por lo que se refiere a las infracciones menores y teniendo en cuenta la naturaleza de la pena que pudiera imponerse, que celebrarán la Vista y dictarán sentencia en ausencia del inculpado, siempre que éste haya sido debidamente informado de la fecha de la Vista y de su derecho a hacerse representar por un abogado o de cualquier otra manera”⁽⁵⁾.

Como resultado de lo anteriormente expuesto, surgió la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, reformando la de Enjuiciamiento Criminal, recoge las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa y regula un Juicio en ausencia del acusado donde los derechos del ausente se ven protegidos por un ulterior Recurso de Anulación.

La Ley reformadora trata el juicio en audiencia del acusado en el artículo 793 íntimamente ligado al Recurso de Anulación del artículo 797.

La Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre. Artículos 793.1 y 797.

El artículo 793 en su inciso primero dice:

“La celebración del Juicio Oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor”.

De esta forma, el legislador intenta garantizar o esclarecer de antemano que no se vulnerarán los derechos constitucionales del acusado, como pudieran

(5) Recomendación (87) 18, “sobre simplificación de la Justicia Penal”.

ser “el derecho a la defensa y a la asistencia del Letrado” ⁽⁶⁾. Con lo que, del mismo modo solventa la derogación del artículo 791.8 que otorgaba la facultad, al Letrado de oficio ejerciente en otra población que pudiera desplazarse, de formular por escrito la defensa, siendo ésta leída posteriormente en el Juicio.

Con referencia a este primer planteamiento de la asistencia del acusado y del Abogado defensor, parte de la Doctrina se ha preguntado si significa ello que la concurrencia del Ministerio Fiscal, de la acusación particular o del actor civil no tiene carácter preceptivo para la celebración del Juicio Oral. Ante esta cuestión y, sin duda alguna, nosotros estimamos como postura acertada, la opinión de don Luis Portero, don José Vicente Reig y don Manuel Marchena en su libro *Comentarios a la Reforma Procesal Penal de la Ley Orgánica 7/1988*, quienes creen que en ningún modo puede llegarse a una respuesta afirmativa y que, simplemente, “dicho planteamiento se debe a un desafortunado uso del lenguaje” ⁽⁷⁾.

Una vez encabezado el artículo con una pequeña defensa de los derechos constitucionales del acusado, continúa el precepto:

“No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del Juicio para los restantes” ⁽⁸⁾.

Con ello, podemos ver que la Ley reformadora no ha introducido ninguna novedad procesal para la incomparecencia injustificada. Así, en el proceso ordinario, el artículo 746.8 de la L.E.Cr., nos dice:

“No se suspenderá el Juicio por la enfermedad o incomparecencia de alguno de los procesados citados personalmente, siempre que el Tribunal estimare, con audiencia de las partes y haciendo constar en el acta del Juicio las razones de la decisión, que existen elementos suficientes para juzgarles con independencia”.

Así, del mismo modo, en numerosas sentencias, anteriores a la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, se fijaba que, para evitar suspensiones inmotivadas, era menester:

A.— Que un procesado o procesados, entre otros varios, no hubiera comparecido por causa de enfermedad o por otro motivo;

(6) Artículo 24 de la Constitución.

(7) L. Portero, J.V. Reig, M. Marchena. *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/88*, pág. 83.

(8) Art. 793.1 L.E.Cr.

B.— Que haya sido citado personalmente;

C.— La Audiencia antes de decidir o inmediatamente después de anunciar su propósito de no suspender el Juicio, oiga a las partes personadas;

D.— Exponga explícitamente, y así se haga constar en el acta del Juicio, la razón de su determinación (es la única variación) y;

E.— Que existan elementos de juicio suficientes para poder juzgar a los procesados presentes, con independencia de los ausentes ⁽⁹⁾.

Así, en base a la Ley reformadora se podrá celebrar el Juicio en ausencia, cuando:

1.— Haya sido citado personalmente o en el domicilio designado en la primera comparecencia o a la persona designada en la misma para recibir notificaciones en su nombre; ⁽¹⁰⁾

2.— Que lo solicite el Ministerio Fiscal o la parte acusadora;

3.— Que la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años;

4.— Que esté presente o intervenga el abogado defensor;

5.— Que el Juez o Tribunal estime que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento.

Creemos poco acertada la equiparación que hace la Ley de citación personal-domicilio-persona designada pues, con ella se está dejando una puerta abierta para la posible indefensión del acusado.

En la práctica, son numerosos los casos en los que el domicilio designado es falso o la persona designada llega, incluso, a desconocer al imputado, con lo que el acusado no tendría nunca conocimiento de la citación, no debiéndose celebrar, por consiguiente el Juicio ⁽¹¹⁾.

Por otra parte, con referencia a la instancia de parte, es decir, el hecho de que sólo sea la solicitud del Ministerio Fiscal o de la acusación particular de celebrar el Juicio en ausencia, la que permita al Juez o Tribunal resolver

(9) S.S. 3-1-1984; 9-5-84.

(10) Art. 793.1 párrafo 2, relacionado con el 789.4 L.E.Cr.

(11) Por otra parte, se debe tener en cuenta, "que nadie puede alegar indefensión si ha sido originada por su propio comportamiento". Sentencias T.C. 7 de julio de 1983 y 12 de marzo de 1986.

sobre la conveniencia o rechazo de la propuesta, estimamos que existe vulneración de principios constitucionales al darse desigualdad de trato entre las partes, pues el informe que la defensa presente será simplemente ilustrativo, sin ningún efecto vinculante para el Juez.

Finaliza el artículo 793.1 con “La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión del Juicio”.

Este último párrafo, podría inducirnos a pensar que se está vulnerando el derecho de defensa del tercero responsable civil, pero esta vez creemos que el legislador, aunque no haya añadido nada nuevo, ha acertado con lo escrito, dado que el proceso penal no puede quedar supeditado a la diligencia del tercero civil responsable.

Aún más, estimamos que el calificativo de “injustificada” no es necesario, pues la ausencia del tercero responsable civil, justificada o no, nunca puede ser óbice para la suspensión del Juicio oral, puesto que ha sido el Ministerio Fiscal y la acusación particular los que habrán solicitado su testimonio según su interés ⁽¹²⁾.

La excepción a lo expuesto surge en el supuesto que el tercero responsable civil planteara que la celebración del Juicio en audiencia del acusado emana perjuicios a su persona, quedando indefenso y sin posibilidad de obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ⁽¹³⁾.

Como último punto a tratar dentro de este apartado, hablaremos de la controvertida cuestión que se origina con la posibilidad de celebrar juicios en ausencia del acusado en la Audiencia Provincial.

La Fiscalía General le da al problema una respuesta afirmativa basándose en el propio Texto Legal, al decir éste “Juez o Tribunal” y al tratar de “la pena solicitada” ⁽¹⁴⁾ no de la señalada por la Ley con carácter genérico.

Acudiendo, finalmente, a razones lógicas para justificar su parecer “no puede estar vedado al Tribunal colegiado lo que se le permite al Juez de lo Penal” ⁽¹⁵⁾.

(12) Arts. 108 y 111 ss. de la L.E.Cr.

(13) Art. 24 de la Constitución.

(14) El delito puede tener asignada pena mayor a un año y, por las circunstancias modificativas, no rebasar el límite. J.F. Valls (*El Proceso Penal Práctico*), pág. 290.

(15) Circular 1/89 de la Fiscalía General.

Por nuestra parte, consideramos acertada la postura de la Fiscalía General, dado que no existe razón legal alguna para negarle a las Audiencias Provinciales la posibilidad de celebrar juicios en ausencia del acusado; si bien con la salvedad, según criterio de quien suscribe, de que en defensa del principio de economía procesal, lo pertinente o correcto en cuanto al espíritu de la Ley Orgánica reformadora (ver preámbulo de la misma) quedaría frenado o en entredicho, al conocer el Tribunal Supremo, con la correspondiente dilatación del procedimiento, del Recurso de Anulación. Hecho que no ocurriría si la Ley diera la competencia únicamente a las Audiencias.

Y reanudando la cuestión reiteramos el criterio de la Fiscalía General, pues bien aunque:

“Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden de lo penal”:

1.— De las causas por delito, a excepción de las que la Ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley ⁽¹⁶⁾.

En ningún momento la L.O. 7/1988 de 28 de diciembre especifica o da competencia a un órgano en especial, se limita a encuadrar el Juicio en ausencia para infracciones menores y ello no significa, en modo alguno, que circunscriba su celebración a los Jueces de lo Penal.

El mismo problema de oscuridad y falta de claridad nos lo encontramos en el sistema de recursos previsto para el Juicio en ausencia ⁽¹⁷⁾.

El legislador tenía como objetivo la economía procesal y mantener las garantías procesales del ausente, para ello creó el **Recurso de Anulación** en caso de ser habido o de comparecer en el proceso.

Esta posibilidad de defensa, como expondremos a continuación, inmersa en una insuficiencia del lenguaje, se encuentra sumida en las más duras críticas por parte de la Doctrina. De forma, que aquello que surgió como estandarte para la defensa de los derechos e intereses del condenado en ausencia, se ha transformado, por su pésima redacción, en el más controvertido de los problemas.

(16) Art. 82 L.O.P.J.

(17) Art. 797 L.E.Cr.

EL RECURSO DE ANULACIÓN

Como primer antecedente del Recurso de Anulación, ya hemos hablado, con referencia al Juicio de ausencia, de la Ley 122/1962 de 24 de diciembre, de uso de circulación de vehículos a motor, que daba el plazo de un año, a contar desde que se dictara sentencia, para recurrir en rebeldía ⁽¹⁸⁾.

Pero será el vacío existente tras la Ley Orgánica 10/1980 de 11 de noviembre, con la incertidumbre y desamparo que ello supuso, lo que haga recapacitar a los legisladores sobre las Recomendaciones, hechas cinco años atrás, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

“7.— Toda persona juzgada en ausencia debe poder impugnar la sentencia a través de todos los recursos que fueran procedentes de haber estado presente.

8.— La persona juzgada en ausencia, pero regularmente citada, debe disponer de un recurso para hacer constar la nulidad de la sentencia.

9.— La persona juzgada en ausencia, pero regularmente... citada, tiene derecho a ser juzgada de nuevo, en la forma ordinaria, si acredita que su ausencia y el hecho de no haberla anunciado al Juez se debieron a causas ajenas a su voluntad” ⁽¹⁹⁾.

Así, la reforma originada por la Ley Orgánica 7/88 de 28 de diciembre, engloba también el sistema de recursos, creando el llamado “**Recurso de Anulación**”.

Con ello, en los Juicios de ausencia del acusado, el ausente puede interponer Recurso de Anulación contra la sentencia condenatoria y, por tanto, defenderse de lo que, a su juicio, no es ajustado a Derecho.

Este intento del legislador por buscar una medida óptima para garantizar los derechos e intereses del condenado en ausencia, ha tenido y tiene numerosos detractores.

Según parte de la Doctrina, estamos ante una figura que la Ley crea para compensar el perjuicio que el Juicio en ausencia causa ⁽²⁰⁾.

(18) Art. 32 Ley 122/1962 de 24 de diciembre.

(19) Resolución (75) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

(20) J. Piqué; J.M. Rifá; L. Saura; J.F. Valls. *El Proceso Penal Práctico*, pág. 347.

El artículo 797.2 de la L.E.Cr.

El Recurso de Anulación se encuentra regulado exclusivamente en el artículo 797.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Al acudir a dicho artículo, nos encontramos con un párrafo excesivamente conciso y falto de claridad, en el que el legislador ha optado por recurrir al Recurso de Apelación, valga la redundancia, para dar contenido a una nueva institución que, a nuestro parecer, no tiene ningún tipo de similitud ⁽²¹⁾.

Así, el artículo nos dice que la sentencia puede ser recurrida en anulación por el condenado “... en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el Recurso de Apelación...”.

En cuanto al plazo, “se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia”.

Por nuestra parte, estimamos que la insuficiencia y oscuridad del artículo 797.2 es absoluta, encontrándonos con un precepto, cuya constitucionalidad se cuestiona, fruto de la necesidad y presura del legislador por cubrir un vacío legal existente ⁽²²⁾.

Naturaleza Jurídica

Nuestra opinión sobre este punto se hermana con la posición de la Fiscalía General del Estado, mantenida en la circular número 1/89. Así, con esta institución, no sólo se rescinde una sentencia firme por no haber cumplido las condiciones que la Ley exige para la celebración del Juicio en ausencia del acusado, sino que también se deberá sustituir por la que dicte el Tribunal que conoce del Recurso.

Por consiguiente, siendo de naturaleza rescisoria, sólo podrá discutirse la nulidad del Juicio y sentencia, en razón a los defectos de la citación o por ser la ausencia justificada.

Son las propias palabras del legislador las que apoyan nuestra creencia

(21) Víctor Moreno Catena, José Almagro Nosete, Valentín Cortés Domínguez y Vicente Gimeno Sendra creen que “estamos ante un recurso distinto al de apelación”. *El Nuevo Proceso Penal*, pág. 249.

(22) Rives Seva opina que “es manifiesta la insuficiencia normativa de la institución”. *Rev. Poder Judicial*, pág. 55.

de que estamos ante un “**Recurso Rescisorio**” y no de Anulación o de Revocación de sentencia ⁽²³⁾.

Con el Recurso de Anulación se rescinde una sentencia condenatoria, dado que si se tratara de una sentencia absolutoria no sería lógica la presentación del mismo, al no haberse vulnerado derecho constitucional alguno.

Por otra parte, una vez apelada o recurrida en Casación la sentencia, el posterior Recurso de Anulación no podrá fundamentarse ni argumentar, por segunda vez, lo ya esgrimido en la Apelación, dado que, en ese caso, el Tribunal resolvería dos veces la misma cuestión ⁽²⁴⁾.

Del mismo modo, estimamos que se trata de un “**Recurso excepcional**”, en el que sus características, como ya hemos indicado, en modo alguno se asemejan a la Apelación, sirviendo como muestra de nuestra opinión que, incluso, la sentencia dictada en Apelación será “susceptible de ser recurrida en Anulación”.

Así, a nuestro entender, estamos ante un Recurso cuyas características son propias, no asemejándose al Recurso de Apelación, sino que muy al contrario, podría tener similitud con el Recurso de Revisión ⁽²⁵⁾ y con el de Audiencia del rebelde ⁽²⁶⁾, no siendo óbice su presentación para que la sentencia adquiriera firmeza.

TRAMITACIÓN DEL RECURSO

El Recurso de Anulación se interpondrá contra sentencias condenatorias, ya que, de lo contrario no se vulnerarían los derechos del acusado y su interposición sería, ciertamente, ilógica.

Con respecto a la competencia, la Ley mantiene absoluto silencio sobre el Órgano Judicial que deberá conocer del Recurso.

Por una parte, parece que cuando la Ley asemeja el Recurso de Anulación al de Apelación, se está limitando la esfera del Recurso a aquellas sentencias

(23) Opinión contraria sostiene Cortés Domínguez quien cree que se trata de un recurso rescindente.

(24) L. Portero; J.V. Reig y M. Marchena opinan que si “esto sucediera el ausente gozaría de una tercera instancia”. (*Comentarios...*), pág. 105.

(25) Art. 954 a 961 L.E. Civil.

(26) Art. 774 L.E. Civil.

dictadas por el Juez de lo Penal, dado que las dictadas por la Audiencia Provincial no son susceptibles de Recurso de Apelación ⁽²⁷⁾.

Pero, por otra parte, como afirma la Fiscalía General del Estado, no podemos negar la posibilidad de que sean recurridas en anulación las sentencias dictadas en ausencia del acusado por las Audiencias Provinciales, porque estaríamos favoreciendo la desigualdad de las personas ante la Ley ⁽²⁸⁾.

Con respecto a este problema, nuestra opinión es nuevamente pareja a la de la Fiscalía General, dado que como la propia Ley dice: “intenta garantizar los derechos y libertades del inculpado”. Por consiguiente, la interposición del Recurso o la inadmisión del mismo, nunca podrá ser causa de desigualdad de las personas ante la Justicia.

Este sistema de recursos que, como parece ser, finalizaría en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (si no consideramos el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional), es prueba más que suficiente para demostrar que, persiguiendo la economía procesal, se ha creado un sistema procesalmente lento, costoso y poco eficaz en la práctica.

Notificación de la sentencia

La notificación de la sentencia se regula en el artículo 797.1, así: “en cualquier momento en que comparezca, o sea habido el que hubiere sido condenado en ausencia..., le será notificada la sentencia dictada en primera Instancia o en Apelación a efectos de cumplimiento de la pena aún no prescrita. Al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el Recurso de Anulación, con indicación del plazo y del Órgano competente”.

Plazo

Como ya hemos señalado con anterioridad, el artículo 797.2 de la L.E.Cr. nos remite al Recurso de Apelación para conocer el plazo, los requisitos y efectos de la Anulación.

(27) J. Piqué; J.M. Rifá; L. Saura y J.F. Valls están a favor de que sólo cabe el recurso contra sentencia de lo Penal.

(28) La Fiscalía General del Estado dice que “el derecho de defensa obliga a admitir en todo caso esa posibilidad de recurso al reo juzgado en ausencia y, además, en otro caso se rompería el principio de igualdad de tratamiento en cuanto, con igual fundamento, se concedería un recurso a unos reos y se negaría a otros”.

Con ello, surge una nueva discrepancia en la Doctrina, con dos posturas contrapuestas en un tema de trascendental importancia.

Por un lado, la mayoría de los autores estima que la Ley nos remite al artículo 795.1, fijándose, por consiguiente, el plazo en diez días, “contados a partir del día siguiente al de la notificación de la sentencia” ⁽²⁹⁾.

Por otra parte, existe una postura minoritaria, que señala que el plazo para interponer el Recurso de Anulación debe ser de cinco días, a contar desde que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia dictada en ausencia. Estos autores adoptan esta postura al aplicar analógicamente el artículo 212 de la L.E.Cr., referido al Recurso de Apelación ⁽³⁰⁾.

En nuestra opinión, la tesis acertada es la que nos remite al artículo 795.1 y fija el plazo en diez días, puesto que creemos que no se debe acudir al proceso ordinario para resolver un problema del proceso abreviado, si en el articulado de este procedimiento está ya resuelto.

Por otro lado, el artículo 797.2 señala que: “el plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia”.

Creemos que cuando el Precepto dice, “tuvo conocimiento de la sentencia”, debe referirse al contenido de la misma, es decir, que el plazo, para la interposición del Recurso, comenzará a contar cuando el condenado conozca, en legal forma, los motivos, los argumentos y el fundamento por el que se le ha condenado, así como su posibilidad de recurrir.

Con ello, el Órgano Judicial no admitirá a trámite cuando el Recurso de Anulación se interponga fuera del plazo de diez días, contados desde el de la notificación formal de la sentencia.

CONCLUSIONES

La Ley 7/1988 de 28 de diciembre surgió con el objetivo de agilizar el Proceso Penal, buscando la economía procesal y garantizando los derechos e intereses del inculpado.

(29) Entre otros, mantienen esta tesis Víctor Moreno Catena, José Vicente Reig, Cortés Domínguez, Jimeno Sendra, Manuel Marchena, Luis Portero, José Almagro Nosete, etc.

(30) Defienden esta postura J. Piqué, J.M. Rifá, L. Saura, J.F. Valls. *El Proceso Penal Práctico*, págs. 349 y 765.

Así, preguntas como *¿La Ley creada obedece a un mandato constitucional? ¿Se trata de una obligación internacional o derivada de una Directiva de la C.E.E.? ¿Viene a llenar una laguna legislativa?* son contestadas de forma afirmativa.

Cuando nace la Ley restauradora, el vacío legal en torno al Juicio en ausencia era total y absoluto. El legislador encontró un camino espinoso, sobre el que la Comisión de Ministros del Consejo de Europa ya se había decantado y la Doctrina mostraba su disconformidad por la laguna existente.

De tal forma, surgió la regulación del Juicio en ausencia y, como medida restauradora, el posterior Recurso de Anulación.

Dos artículos duramente criticados por su parca regulación, por su contenido oscuro y por el abandono que se hace a la improvisación, siendo justificada la postura crítica de la Doctrina, por la excesiva frecuencia en que tendrá que aplicarse esta institución.

Por consiguiente, estimamos que no ha sido aceptada la nueva regulación del Juicio en ausencia, ni de su posterior Recurso y que su contenido debería ser modificado o derogado.

En nuestra opinión, la ausencia del acusado debe ser siempre causa de suspensión del Juicio Oral; y en caso de ausencia injustificada del acusado, la suspensión del Juicio daría como resultado la declaración en rebeldía del acusado, con el archivo de la causa para éste, hasta que se presente voluntariamente o fuera hallado.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA(*)

ARTURO MAJADA. *Práctica Procesal Penal*. Vol. 1. Edit. Bosch. Pág. 3.

- Ley 3 de septiembre de 1904. Art. 117.
- Ley 24 de diciembre de 1962.

JOSÉ VICENTE REIG REIG. *Revista del Foro Canario. El Juicio Oral por delito en ausencia del acusado*. Art. 793.I y 797 de la L.E.Cr.

- *Recomendación (87) 18, “sobre simplificación de la Justicia Penal”*. Comisión de Ministros del Consejo de Europa.
- *La Constitución Española*. Editorial Colex.

L. PORTERO, J.V. REIG, M. MARCHENA. *Comentarios a la Reforma Procesal Penal de la Ley Orgánica 7/88*. Pág. 83.

- *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial Colex.
- *Sentencias*. Editorial Aranzadi.
- Comité de Ministros del Consejo de Europa. *Resolución (75) 11*.

J. PIQUÉ, J.M. RIFÁ, L. SAURA, J.F. VALLS. *El Proceso Penal Práctico*.

VÍCTOR MORENO CATENA, JOSÉ ALMAGRO NOSETE, VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, VICENTE JIMENO SENDRA. *Derecho Procesal*. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch.

VÍCTOR MORENO CATENA, JOSÉ ALMAGRO NOSETE, VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, VICENTE JIMENO SENDRA. *El Nuevo Proceso Penal*. Pág. 249.

RIVES SEVA. *Revista del Poder Judicial*, nº 17. Marzo 1990. Pág. 55.

ANTONIO MARTÍN MARTÍN. *Revista del Foro Canario*. Septiembre 1989.

- Circular 1/89 de la Fiscalía General del Estado.

ELADIO ESCUSOL BARRA. *El Proceso Penal por delitos: Estudio sistemático del Procedimiento Abreviado*. Editorial Colex 1990.

(*) Por orden de citas.

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LOS RESULTADOS ECONÓMICOS Y EN LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA

JUAN JIMÉNEZ GARCÍA

LETRADO NO EJERCIENTE, DOCTOR EN DERECHO, PROFESOR ASOCIADO
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE
LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

1º.— LAS DIVERSAS ACEPCIONES Y SIGNIFICADOS DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA

- a) La participación como elemento catalizador de la reforma de la Empresa.
- b) La democracia industrial como objetivo.
- c) La participación en la Empresa concepto amplio y equívoco.
- d) Naturaleza y justificación de la participación.
- e) Vías para implantar prácticas de participación.
- f) Los distintos significados de la participación.

2º.— LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

- a) Origen y fundamento.
- b) Concepto y características.
- c) Naturaleza jurídica.
- d) Ventajas e inconvenientes.
- e) Diversidad de clasificaciones.

3º.— EL ACCIONARIADO OBRERO

- a) Origen y fundamento.
- b) Distintas definiciones.
- c) Naturaleza controvertida.
- d) Finalidad y objetivos perseguidos.
- e) Clases y modalidades.
- f) Ventajas e inconvenientes.
- g) Las acciones de trabajo.
- h) Características conclusivas.

4º.— PERSPECTIVAS DE AMBAS INSTITUCIONES

- a) Diferencias y semejanzas en los dos institutos.
- b) Instituciones caducas y controvertidas.
- c) Formas participativas mixtas.

1º.— LAS DIVERSAS ACEPCIONES Y SIGNIFICADOS DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA

a) La participación como elemento catalizador de la reforma de la Empresa.

Cuando se habla de “reforma de la empresa” en los campos de la Sociología y del Derecho no se emplea el término para referirse a la reforma técnica o económica, sino para hacer mención a la “reforma social”, y más concretamente de la gran empresa que se constituye en forma de sociedad por acciones.

Desde la perspectiva de los trabajadores, la reforma de la empresa necesariamente lleva implícita una mayor participación en los resultados económicos y en la toma de decisiones.

Así, la reforma de la empresa que se ha intentado en las más diversas formas, encuentra en la participación de los trabajadores, una vía con múltiples vertientes que posibilita los más variados programas de actuación, ya que la participación implica, desde luego, una modificación sustancial de la empresa, tanto desde el punto de vista organizativo, como desde la perspectiva de los resultados económicos y su distribución, dejándose sentir no sólo los intereses de los accionistas, sino también los de los trabajadores y el más general de la colectividad en su conjunto.

En expresión de Rivero Lamas ⁽¹⁾ el actual movimiento de reforma de la empresa acentúa la necesidad de una más sólida y efectiva participación del personal, de modo que trascienda al plano de las relaciones jurídicas que formalizan la aportación capital y trabajo, cristalizando en fórmulas jurídicas, los ideales de la democracia y del pluralismo personalista, llevándolos a la articulación de las relaciones internas de la empresa y a la distribución de los frutos de su actividad, e implicando para ello en los resortes de poder a cuantos hacen posible su funcionamiento.

Con la participación en los beneficios y la posterior intervención de los trabajadores en las decisiones de la empresa, se entra en una etapa de profundas reformas en la estructura empresarial; proceso todavía no concluso que amenaza y condiciona la propia estructura social. La llegada de la acción sindical

(1) *Estructura de la empresa y participación obrera*, Editorial Ariel, Barcelona 1969, pág. 10.

al interior de las empresas constituye la mayor conquista obtenida por el movimiento obrero en los últimos años, y alumbra el camino a seguir en el objetivo de modificar el modelo de producción imperante.

En este sentido se pronunciaba ya el profesor Cremades Sanz-Pastor ⁽²⁾ al estimar que una buena parte de la llamada reforma de la empresa ha de caminar, más que por la mera modificación del “status” del empresario social, por la potenciación al máximo de la acción sindical.

La Iglesia Católica a través de la Encíclica “Quadragésimo Anno” del Papa Pío XI participa, asimismo, en el debate de la reforma de la empresa, señalando que “sería deseable que el contrato de trabajo se suavizara, en cuanto fuera posible, por medio del contrato de sociedad, como ya se ha comenzado a hacer en diversas formas con no escaso provecho de los obreros y aun de los patronos. De esta suerte, obreros y empleados participan en cierta manera ya en el dominio, ya en la dirección del trabajo, ya en las ganancias obtenidas”.

Del citado texto se deduce una clara intencionalidad integradora, donde las reformas se quedarán en meros retoques, sin cuestionar el modelo capitalista de producción, si bien es destacable que proyecte la reforma de la empresa hacia alguna de las distintas formas de participación.

En efecto, la reforma de la empresa a través de la participación, es un fenómeno que se ha ido consolidando, una vez que han desaparecido los recelos, miedos y posturas ambiguas en torno a ella, contribuyendo a esto, en buena medida, “el éxito de las experiencias en marcha que no han supuesto el colapso económico para los países que la aplican, ni la pérdida de eficacia para las empresas afectadas por la reforma. A consecuencia de ello, ha ganado terreno la convicción de que no es completo un programa de progreso social que excluya el logro de una mayor participación democrática en la estructura de gobierno de la empresa ⁽³⁾.”

b) La democracia industrial como objetivo.

Si las primeras leyes sobre el trabajo constituyeron el primer paso para limitar el despotismo empresarial, la normativa que regula la participación de los trabajadores en la empresa, supone poner término a la “monarquía absoluta” que continuaron siendo las empresas, y hacer que el gobierno de la economía

(2) *Diálogos sobre la empresa*. Universidad de Santiago de Compostela. Vigo 1972, pág. 19.

(3) Juan Rivero Lamas, *Estructura de la empresa y participación obrera*, Ediciones Ariel. Barcelona 1969, pág. 9.

obedezca a la voluntad de todos los interesados, y no exclusivamente de los empresarios, lo que constituye la idea matriz de la “democracia industrial”, como objetivo a lograr a largo plazo, y que consiste en ampliar al máximo la intervención de los trabajadores en las decisiones económicas ⁽⁴⁾.

Resulta evidente que ello sólo podrá conseguirse, si se le atribuye al trabajo la cualidad de título suficiente, para intervenir en la gestión empresarial y en los beneficios que de la misma se deriven, lo que implica una nueva concepción de la propiedad privada de los medios de producción contraria a la concepción liberal que sólo reconoce como título para participar en la gestión de la empresa la titularidad del capital.

Se trata de reconocer el derecho a participar en las decisiones, gestión y beneficios empresariales en virtud de la condición de trabajador, y no en razón de la posesión de acciones.

En palabras de Otto Brenner “los trabajadores luchan por conseguir mayor influencia sobre todos los aspectos que influyen tanto en su trabajo como en la propia economía”, señalando que todos los trabajadores quieren “salir de esa situación en la que cada puesto de trabajo pertenece a un empresario público o privado y cada trabajador es considerado por el patrono como instrumento de producción que puede ser adquirido” ⁽⁵⁾.

La reforma de la empresa no tiene por qué llevar aparejada una alteración radical de la base capitalista de la misma; como han señalado De la Villa-Palomeque, queda “eliminada toda reforma que cuestione la titularidad privada de los medios de producción puesto que no está en discusión el límite de la propiedad, sino el límite del poder directivo” ⁽⁶⁾.

Con razón, el profesor Cremades Sanz-Pastor ⁽⁷⁾ advierte que la reforma de la empresa se nos aparece como una modificación del empresario, que cristaliza fundamentalmente en deseos de modificar el Derecho de sociedades, considerando que tal reforma implica la búsqueda de formas conciliadoras entre posiciones originariamente irreconciliables: soberanía absoluta de la Junta General de accionistas en la vida de la sociedad anónima y el nombramiento de administradores por entidades representativas de intereses colectivos de los

(4) A. Ojeda Avilés, *Derecho Sindical*, Tecnos. Madrid 1984, pág. 206.

(5) *La Democracia Industrial*, Ed. Asociación para el Progreso de la Dirección. Madrid 1987, pág. 105.

(6) *Introducción a la Economía del Trabajo*, Ed. Debate, vol. II. Madrid 1982, pág. 478.

(7) *Obr. cit.*, pág. 15.

trabajadores de la empresa en cuestión, constituyendo todo ello el deseo de encontrar un término medio entre las exigencias de la propiedad privada y sus limitaciones sociales; en otros términos, supone la reproducción en el marco de la empresa de la lucha entre gobierno dictatorial y democracia social.

A la vista de lo hasta aquí expuesto, se puede afirmar que la participación tal y como se la concibe en el sistema capitalista de producción, si bien atenta contra la estructura de la empresa, no modifica el régimen de propiedad existente, significando solamente la introducción de mecanismos de integración y control de los trabajadores, que implican la transformación o modificación de las facultades dominicales, cuyo alcance, dependiendo de la forma que adopte, describiremos más adelante.

Sin embargo, la cuestión está en saber hasta qué punto, es decir, hasta qué límite es compatible la reforma de la empresa por la vía de la participación en los beneficios, y muy especialmente por la vía de la participación en la gestión, con el sistema económico vigente. Éste parece ser el reto. La reforma de la empresa no es más que una muestra de movimientos sociales más profundos que anuncian una nueva mentalidad y será necesario poner a prueba la mejor imaginación creadora si se quieren encontrar los cauces más adecuados para una efectiva democratización de la empresa ⁽⁸⁾.

c) La participación en la empresa: concepto amplio y equívoco.

Si en algo coincide la doctrina, respecto de la “participación de los trabajadores”, es en afirmar que se trata de un concepto ambiguo y confuso, que admite las más diversas acepciones y que se complica al no existir “correspondencia exacta entre los términos utilizados en los distintos idiomas”.

Se trata de una expresión que no tiene el mismo significado para cuantos la utilizan, de aquí que los debates sobre esta materia suelen resultar estériles al emplearse en las más diversas acepciones, y con las características propias de alguna forma determinada de participación; no existe sobre esta cuestión un lenguaje común preciso y concreto, que posibilite un avance doctrinal de la misma, pues abarca las más dispersas manifestaciones que van desde las distintas formas de participar en los beneficios empresariales, hasta toda la gama de fórmulas de intervención en las decisiones y en la gestión empresarial.

(8) Aurelio Menéndez Menéndez, *Algunas preguntas sobre reforma de la Empresa*, Ed. Universidad de Santiago. Vigo 1972, pág. 109.

Así, Rodríguez-Sañudo señala que “la expresión no es unívoca, sino que presenta contenidos y significaciones diversas, tanto en el tiempo como en los distintos sistemas jurídicos contemporáneos”⁽⁹⁾. Por ello, no es posible el estudio en los sistemas de participación fuera del contexto de las condiciones históricas, sociales, culturales y económicas de cada país concreto.

En idéntico sentido se pronunciaron Camps-Ramírez-Salas⁽¹⁰⁾ estimando que la participación, en sí misma, es una idea ambigua, al tratarse de esas palabras que tienen exactamente el significado que se les quiera dar y, por ello, debe ser examinada sobre la base de ejemplos concretos.

Al carecer, pues, la participación de precisión terminológica por su gran variedad de expresiones y significados, para realizar un estudio sobre la misma, se hace necesario, previamente, superar las grandes barreras del lenguaje, aclarando y precisando conceptos, averiguando lo que significa cada uno de los términos, buscando semejanzas e igualdades en expresiones que en apariencia son distintas y delimitando los conceptos que vayamos a emplear, objetivo, que como ya hemos dicho, nos proponemos cubrir en este primer capítulo.

d) Naturaleza y justificación de la participación.

La participación en los beneficios y en las decisiones empresariales es un derecho que necesariamente tiene que ser ejercido por los representantes de los trabajadores, sin que se pueda realizar individualmente por cada uno de los trabajadores. Asimismo, esta institución está íntimamente relacionada con las organizaciones sindicales, sin cuyo concierto sería muy difícil intentar su desarrollo.

Así pues, nos encontramos ante una institución de naturaleza colectiva, que necesita de los representantes de los trabajadores, unitarios o sindicales para realizarse. Por tanto, la participación, que por lo general, suele arrancar de las constituciones nacionales, se inserta en el Derecho Laboral, y más concretamente en el Derecho Colectivo del Trabajo.

La participación viene, entre otras causas, justificada por la contradicción existente entre la democracia que disfrutaban los trabajadores en su vida social cotidiana, fuera de su centro de trabajo, y la “dictadura absoluta” imperante allí donde contribuye diariamente con su esfuerzo al avance de la sociedad en la que está inmerso.

(9) “La participación de los trabajadores en la empresa”, *Revista Política Social*, Enero-Marzo 1979, pág. 415.

(10) *Fundamentos de Derecho Sindical*, Ediciones de la Torre. Madrid 1977, pág. 123.

Sin la participación, a los trabajadores se les margina de las decisiones que de forma directa afectan a su bienestar individual y al bienestar de la sociedad en la que viven; los modelos de sociedad vienen determinados en gran medida por los modelos de relaciones industriales existentes en las empresas, y por el control que los trabajadores ejerzan en las decisiones que se dan en el seno de las mismas.

Por ello, las organizaciones sindicales y el movimiento obrero en su conjunto se encaminan hacia la búsqueda de la llamada “democracia industrial” y económica, utilizando las múltiples formas que puede ofrecer la participación de los trabajadores en la gestión empresarial.

En definitiva, la participación en los beneficios y la gestión de la empresa se asienta en razones de equidad cada vez menos discutidas ⁽¹¹⁾.

Sin embargo, existe la convicción entre la doctrina de que la participación de los trabajadores es una cuestión eminentemente política, en el sentido de constituirse en un factor de primer orden en cualquier acción de cambio social o programa tendente a modificar las estructuras de la sociedad, sobre todo en aquellos sistemas sociales que aspiran a redefinir las relaciones de poder existentes en su seno.

e) Vías para implantar prácticas de participación.

La participación puede ser implantada en el seno de la empresa bien a través de la negociación colectiva, o bien por medio de medidas legales dictadas desde los poderes públicos. Sin embargo, estos dos instrumentos no son incompatibles, siendo la última tendencia respecto de las vías para instituir o implantar prácticas de participación, la utilización indistinta y conjunta de ambos métodos, dependiendo en gran medida, de la modalidad o fórmula participativa que se intente desarrollar, habiéndose convertido la vía legislativa en la única solución en aquellas modalidades que supongan un grado intenso de participación, con la correspondiente pérdida de poder para el empresariado y utilizándose el libre arbitrio de las partes interesadas cuando el compromiso que adquiere el empresariado no constituya una disminución de sus poderes de decisión y libre gestión.

Para el establecimiento por conducto convencional, se requiere la existencia de una tradición negociadora ampliamente desarrollada, que permita

(11) Aurelio Menéndez Menéndez, *obr. cit.*, pág. 123.

llegar a pactos que supongan la limitación de poder empresarial que toda fórmula participativa comporta, y ello, sólo es logable en países altamente desarrollados. La introducción por vía legal viene siendo habitual en aquellos países donde la legislación estatal ha desempeñado un papel fundamental en las relaciones laborales, dada la resistencia patronal a la implantación de las mismas. De aquí que, como se ha señalado, su desarrollo depende en gran medida de la modalidad, grado e intensidad de la participación que se trate de introducir, pues fácilmente podrá lograrse un acuerdo para implantar fórmulas de información, consultas o sugerencias, pero difícilmente se introducirán modalidades que impliquen cesión de parcelas de poder o de beneficios, si no se recurre a vías legislativas.

f) Los distintos significados de la participación.

Como ha quedado expuesto, la participación es una institución que tiene gran complejidad. El primer problema que se nos plantea, como hemos visto, es el de su propia definición, debido a las diversas figuras que se recogen bajo esta denominación, sin que sea posible una definición correcta y completa, si antes no se distingue entre las distintas acepciones, figuras o formas que puede adoptar este instituto.

Siguiendo a Rodríguez-Sañudo⁽¹²⁾ y a De la Villa-Palomeque⁽¹³⁾ la participación enmarcada dentro de la llamada reforma de la empresa y entendida desde el punto de vista de la existencia de estructuras participativas en el interior de la organización de la misma, como institución compleja que es, admite múltiples clasificaciones, según sus diversos aspectos y diferentes modalidades, y cabe señalar como enfoques más importantes, los siguientes:

— En primer lugar, puede ser concebida como participación en la propiedad, por medio de la cual los trabajadores llegan a convertirse en propietarios de determinada porción de la empresa.

— En segundo lugar, se puede tomar en su acepción de participación en los beneficios, que comporta el derecho de los trabajadores a percibir parte del resultado positivo de la actividad empresarial.

— En último término, y como significación más extendida, actual e importante, también se le concibe como participación en las decisiones y gestión

(12) *Obr. cit.*, pág. 418.

(13) *Obr. cit.*, pág. 478.

empresarial, lo que conlleva un determinado nivel de intervención de los trabajadores en la dirección y administración de las empresas.

2º.— LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

a) Origen y fundamento.

El origen de la participación en los beneficios hay que buscarlo en las gratificaciones voluntarias que determinadas empresas o empresarios distribuían entre sus trabajadores, como compensación ante un ejercicio económico con altas ganancias; para otros, en cambio, ese origen ha podido estar en las primas de producción que se aplicaban para incentivar a los trabajadores y conseguir de este modo un mayor nivel productivo, los resultados de estas primeras experiencias fueron más bien pobres y sin que levantaran grandes entusiasmos.

Como antecedentes remotos se suelen citar por los estudiosos del tema ⁽¹⁴⁾ las siguientes experiencias:

— La llevada a cabo por el secretario del Tesoro de los presidentes norteamericanos Jefferson y Madison, en los primeros años del siglo XIX, en su establecimiento de cristalería de la ciudad de New Genova en Pensilvania, experiencia desarrollada durante muy poco tiempo y con escaso éxito.

— Los intentos realizados en 1820 y 1838 por las compañías de seguros en Francia e Inglaterra, respectivamente.

— La realizada en París en 1827 por el pintor de casas “Jean Leclaire” que aplicó este sistema de participación en su empresa, venciendo la resistencia social y la de los propios trabajadores.

— Igualmente se cita como precursor de esta innovación al escocés Richard Orden, que a principios del siglo XIX, la puso en práctica en sus propiedades e industrias de Escocia.

— Como experiencia curiosa se suele mencionar la del francés Godin, que comenzó en esta misma época concediendo beneficios y terminó por ceder en 1880 sus fábricas a los trabajadores.

(14) Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas, *Tratado de Política Laboral y Social*, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires 1976. Alfredo J. Ruprecht, “Apuntes sobre la participación en las utilidades”, en el volumen I, de los *Estudios en memoria del Profesor don Eugenio Pérez Botija*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1970.

— A otro nivel, en 1879 se crea en París la “Société pour L’étude de participation aux bénéfices”, a impulso de Charles Robert y en 1889 se desarrolla en París el “Congreso Internacional de la participación en los beneficios”. Asimismo, en 1892 se funda en Estados Unidos la “Association for the Promotion of Profit-Sharing” a iniciativa de Nicholas Paine Gilman.

— Según Bry —citado por Mario de la Cueva⁽¹⁵⁾— y de acuerdo con una estadística de 1913, existían en Francia, antes de la primera guerra mundial, 114 empresas que habían concedido a sus trabajadores una participación en los beneficios; 136 en Inglaterra, 30 en Alemania, 25 en los Estados Unidos y cerca de 40 en Suiza, Bélgica, Italia, Holanda, Suecia y Rusia.

— Por último, este sistema de participación fue impulsado de forma entusiasta por la Iglesia Católica en las encíclicas *Quadragesimo Anno* y *Mater et Magistra*, como camino en la solución de la denominada “cuestión social”.

Precisamente la participación en los beneficios fue fundamentada en la necesidad de buscar vías que dieran solución a los grandes problemas sociales existentes en las empresas en la segunda mitad del siglo pasado, en definitiva, se trataba de dar salida a la “cuestión social”; tiene, pues, su fundamentación esta institución en una necesidad social.

Sin embargo, existe otro nivel de argumentación que la justifica como cuestión de racionalidad y equidad entre el capital y el trabajo; es injusto, señala de la Cueva⁽¹⁶⁾, darle a los trabajadores como única retribución un salario, y reservar para el capital todas las ganancias.

Se dice que “dado el supuesto de la colaboración imprescindible en toda empresa, de estos tres elementos esenciales: capital, trabajo y dirección, se tiene que admitir forzosamente la conclusión lógica del igual derecho que los tres tienen en su respectiva parte en los beneficios obtenidos, cuya distribución habrá de hacerse después de la venta de los productos o concluida la gestión económica... La participación de los trabajadores queda así justificada; lo único que resta por determinar es la cuantía y la forma de entrega y de utilización de la misma”⁽¹⁷⁾.

(15) *Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1959, pág. 678.

(16) *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, S.A., Tomo I, pág. 689.

(17) Pérez Patón, “La participación del trabajo en las ganancias del capital, el accionado y el control obrero en la Industria”, en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria de Alejandro M. Unsain*, Buenos Aires 1954, pág. 503, citado por Alfredo J. Ruprecht en “Apuntes sobre la participación en las utilidades” en el volumen I de los *Estudios en memoria del Profesor don Eugenio Pérez Botija*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1970, pág. 495.

Asimismo, el profesor mejicano De la Cueva, considera que la participación obrera en las utilidades “es la aplicación y una comprensión mejor de la idea de justicia social... El Trabajo y el Capital son elementos sin los cuales la producción es imposible y, en consecuencia, deban tener idénticos derechos y oportunidades de tal manera, que los resultados que se obtengan de su actividad combinada deben responder por igual”⁽¹⁸⁾.

En esta misma línea, el profesor Rafael Caldera entiende que “los beneficios son la obra conjunta que supone la concurrencia del capital, de la dirección del empresario y del trabajo, y a todos ellos debe corresponder”⁽¹⁹⁾.

La propia Encíclica *Mater et Magistra* estima que cuando “las estructuras económicas nacionales permiten realizar... rápidos e ingentes aumentos productivos, a través de la autofinanciación que renueva y completa su equipo industrial... puede establecerse que las empresas reconozcan, por la misma razón, a sus trabajadores, un título de crédito, especialmente si les paga una remuneración que no exceda la cifra del salario mínimo vital”.

Alfredo J. Ruprecht, partiendo de la corriente más moderna que funda el reparto de beneficios, en base a la concurrencia del capital y trabajo en la producción y consiguiente coincidencia en los resultados, señala que “la justificación del Instituto está en que, siendo el trabajo uno de los dos elementos que integran la producción, tiene el mismo derecho que el capital en los beneficios del resultado de la acción conjunta de ambos”⁽²⁰⁾.

Así pues, tiene como fundamento esta institución, la necesidad de identificar a los trabajadores con los resultados positivos de la empresa, en los que han sido agentes activos importantes en su obtención, puesto que si capital y trabajo contribuyen en igual medida a la obtención de la plusvalía, sobre la que basa la empresa su prosperidad económica, en esa misma medida, debe ser distribuida esa plusvalía, acorde con la aportación de cada una de las partes.

b) Concepto y características.

Alonso García define la participación en los beneficios “como el derecho del trabajador, legal o convencionalmente establecido, a recibir una parte

(18) *Obr. cit.*, pág. 689.

(19) “Participación obligatoria de los trabajadores en los beneficios de las empresas, según el ordenamiento legal venezolano”, en los *Estudios en memoria del Profesor don Eugenio Pérez Botija*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1970, pág. 265.

(20) “Apuntes sobre participación en las utilidades, en A.A.VV.”, *Estudios en memoria del Profesor don Eugenio Pérez Botija*, I.E.P., Madrid 1970, pág. 496.

de los beneficios obtenidos por la Empresa en que presta sus servicios, sin participar en su caso en las pérdidas”.

Estima este autor, que “es una prestación complementaria no compensatoria, que el empresario otorga al trabajador como consecuencia del contrato de trabajo que vincula a ambos, y en virtud de un imperativo legal o por acuerdo voluntario”⁽²¹⁾, entendiéndola como prestación complementaria del salario, en cuanto que viene a sumarse a éste, y no compensatoria, en cuanto que no se deriva de gastos previos del trabajador, que deban ser compensados por el empresario, ni tiene razón de ser en el trabajo prestado, sino en la existencia de beneficios.

Pérez Botija define la participación en los beneficios diciendo que “es una forma especial de remuneración con un fundamento político social, que tiende a resolver la lucha entre el capital y el trabajo, asociando al trabajador a la empresa. Busca su adhesión, su entusiasta cooperación y más estricta fidelidad, sirviendo de incentivo al tránsito del contrato de trabajo al contrato de sociedad”⁽²²⁾.

Para Georges Bry la participación en los beneficios “es una modalidad del contrato de trabajo, según el cual, recibe el trabajador del patrono, además de su salario, una parte de las utilidades de la empresa, no como asociado a ella, sino como un trabajador que coopera en la producción”⁽²³⁾.

Alfredo J. Ruprecht la conceptúa como “la prestación, voluntaria u obligatoria que corresponde al trabajador en su calidad de tal de las utilidades finales de la empresa y en virtud de su participación en el proceso productivo”⁽²⁴⁾.

Arria Salas considera que “la participación en las utilidades..., consiste en el derecho, reconocido legalmente a los trabajadores de una empresa, a percibir un porcentaje sobre las ganancias que ésta haya obtenido en un determinado período de ejercicios”⁽²⁵⁾.

Según Di Litala este sistema participativo “consiste en la correspondencia de una cuota sobre los beneficios de la gestión del establecimiento y se liquida anualmente sobre los resultados del balance de la caja”⁽²⁶⁾.

(21) *Curso de Derecho del Trabajo*, Ed. Ariel, 5ª Edición. Madrid, pág. 546.

(22) *Derecho del Trabajo*, Madrid 1960, 6ª Edición, pág. 225.

(23) *Les Lois du Travail Industriel*, citado por M. de la Cueva en *Derecho Mexicano del Trabajo*, México 1959, pág. 686.

(24) *Obr. cit.*, pág. 492.

(25) Alberto Arria Salas, *Ensayo sobre el salario*, Caracas 1950, pág. 211, citado por A.J. Ruprecht, en el artículo mencionado, pág. 491.

(26) Luigi de Litala, *El contrato de trabajo*, Buenos Aires 1946, pág. 140; citado por A.J. Ruprecht, en el artículo mencionado, pág. 491.

Para Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas “con el nombre de participación en los beneficios..., se conoce un conjunto de sistemas económicos, de variados matices dentro de su unidad, que se inauguran en el siglo XIX y que les conceden a los empleados y obreros una parte del rendimiento positivo que las empresas obtienen anualmente o en otros períodos que se establezcan”⁽²⁷⁾.

Para Martín Lledó, la participación en los beneficios constituye “un sistema de remuneración del trabajo complementario del de salario y dirigido hacia el contrato de sociedad, en cuya virtud todo trabajador además de su salario normal, participa en los beneficios de la empresa en que presta sus servicios, sin ninguna responsabilidad en las pérdidas”⁽²⁸⁾.

Por su parte, Muro de Nadal entiende “como participación en los beneficios todo sistema de remuneración mediante el cual se distribuye, entre todos o una parte de los trabajadores de una empresa, un porcentaje de las utilidades obtenidas por la misma, en adhesión al contrato normal que corresponde a su ocupación y a su especialidad”⁽²⁹⁾.

Lavasseur⁽³⁰⁾ define la participación en los beneficios como “una convención libre por la cual el patrono asegura a los trabajadores, además de su salario normal, una parte de sus beneficios sin participar estos últimos en las pérdidas de la empresa”. Definición de este sistema remunerativo vía normativa legal.

En 1987 el Congreso Internacional Cooperativo define que “por participación en los beneficios se entiende una suma pagada al trabajador, además de su salario, y deducida de las ganancias, y cuyo importe depende del total provecho obtenido; debiéndose entender por beneficios, a su vez, la utilidad líquida obtenida por la empresa que adopta el sistema”⁽³¹⁾.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo en su XXXI Asamblea General en el informe sexto, entiende que “la participación en las utilidades

(27) *Tratado de Política Laboral y Social*, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires 1976, pág. 44.

(28) *La participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas*, Madrid 1949, pág. 19, citado por Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas en su *Tratado de Política Laboral y Social*, Editorial Heliasta, S.R.L. 1976, pág. 44.

(29) *Participación obrera en los beneficios*, Buenos Aires 1957, pág. 19; citado por Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas, pág. 45.

(30) *Salariat et salaire*, París 1909, pág. 164, citado por Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas, pág. 45.

(31) Citado por Alfredo J. Ruprecht, en el artículo mencionado, pag. 492.

constituye un método de remuneración en virtud del cual un empleador asigna a su empleado una parte de las utilidades netas de la empresa, además de sus salarios normales”.

Sin ninguna pretensión innovadora podemos definir la participación en los beneficios como aquella porción de remuneración que se les abona a los trabajadores, por mandato legal o convencional, de una parte del rendimiento positivo obtenido por la empresa, en un período de tiempo determinado, coincidente con su ejercicio económico.

De todas las conceptuaciones o definiciones anteriores podemos extraer, a modo de conclusión, las siguientes características:

— *Invariabilidad del contrato.*

La participación en los beneficios no modifica en nada la relación laboral existente, la nota de la ajeneidad, tanto de los frutos producidos, como del riesgo empresarial, continúa presente sin ningún tipo de variación; asimismo la subordinación o dependencia se da en todo momento. Cada una de las partes defiende sus propios intereses que en la mayoría de las ocasiones son contradictorios, sin que las relaciones se “dulcifiquen” por ese reparto final de los beneficios de la actividad empresarial.

Los trabajadores no se encuentran ligados a los resultados económicos de la empresa, participan en las ganancias pero no de las pérdidas, y perciben siempre su salario por la actividad desplegada.

La participación no añade ninguna característica nueva o distinta a la relación de trabajo, subsiste íntegramente el contrato de trabajo sin que sufra modificación alguna en lo referente a su naturaleza, siendo de aplicación toda la normativa laboral, si bien se ve modificada la forma de remuneración.

Así pues, el contrato de trabajo sigue manteniendo sus propias características, sin que se cambie o modifique la relación laboral, siguiendo de igual forma que si no existiese el reparto de ganancias.

— *Elementos integrantes del salario.*

La participación en los beneficios constituye un sistema especial de remuneración por los servicios prestados, formando parte integrante del salario a todos los efectos, debiendo considerarse un verdadero complemento salarial “que tiende a elevar el nivel de vida de los trabajadores”⁽³²⁾.

(32) Mencionado por Alfredo J. Ruprecht, en la obra mencionada.

Así pues, este sistema se configura como una fórmula de pago, con características similares al salario diferido, integrando el salario global de un contrato de trabajo determinado; o expresado de modo distinto, podemos decir que la participación en los beneficios constituye una prestación complementaria o un complemento salarial —siguiendo la terminología española—, que se añade al salario, teniendo dichas cantidades naturaleza salarial a todos los efectos.

— *Control contable de los resultados.*

La participación en las utilidades lleva implícita otras formas de participación, como único modo de comprobar la correcta aplicación de ese sistema participativo: la información, la consulta, el control de la contabilidad, etc. constituyen parte integrante del sistema.

Todo esto hace que esta forma participativa encuentre gran resistencia en el empresariado que se muestra receloso de ofrecer a los trabajadores los datos de los beneficios reales obtenidos por la empresa en un período de tiempo determinado, que pueden ser utilizados por éstos de cara a la negociación colectiva, al conocer hasta dónde puede llegar la empresa, en cuanto a la aceptación de sus reivindicaciones.

— *Necesidades de resultados económicos positivos.*

Habrá participación en los beneficios siempre que se desprendan resultados económicos positivos de la actividad empresarial, no es posible hablar de participación en ganancias si éstas no existen. Sin embargo, en ningún caso, participarán los trabajadores en las pérdidas que genere la gestión empresarial, normativa o convencionalmente establecida.

Por ello, no puede existir participación en los beneficios que sustituya totalmente los conceptos salariales de los trabajadores, que excluya la percepción de salario en el caso de no obtención de ganancias.

El Derecho positivo español en sus textos legales⁽³³⁾ articula de tal forma la relación laboral, que si bien permite que el salario sea percibido en su totalidad de esos repartos de beneficios obtenidos por la empresa, siempre el trabajador tendrá un salario mínimo garantizado, bien por normativa legal bien por convenio colectivo, independientemente de la obtención de beneficios empresariales.

(33) Artículos 44 y 45 de la Ley de Contrato de Trabajo, vigentes de conformidad con la disposición final cuarta del Estatuto de los Trabajadores.

— *Finalidad integradora.*

La participación de los trabajadores en los beneficios empresariales tiene como finalidad interesar a los mismos en la buena marcha de la empresa, y al igual que el accionariado obrero, pretende la “integración del trabajador en su empresa y, por ende, en el sistema capitalista” ⁽³⁴⁾.

Asimismo, se persigue incentivarlos, para que desarrollen al máximo sus capacidades productivas, en la búsqueda de un mayor rendimiento económico, a la vez que se les hace partícipes de una de las facultades dominicales más importantes, como es la adquisición de los beneficios que de la actividad empresarial se derivan.

Como señala Montoya Melgar “la participación en los beneficios se configura como una posible partida retributiva con la que se pretende, conectando el salario con el beneficio patronal, el interesamiento del trabajador en el rendimiento de la empresa. De este modo, la participación en beneficios puede considerarse como una técnica de incentivo retributivo” ⁽³⁵⁾.

En este sentido, a juicio de Paul Bureau, la participación en las ganancias de la empresa se propone el triple objetivo de “interesar al obrero en su trabajo, asociarle al beneficio global de la misma y hacer que reine la paz social” ⁽³⁶⁾.

c) Naturaleza jurídica.

La doctrina difiere en cuanto a la naturaleza de la participación de los beneficios, habiéndose formulado diversas y dispares teorías, pero que realmente las podemos agrupar, a grandes rasgos, en dos posiciones centrales, con distintas variantes:

— Por un lado, están todos aquellos que le dan la consideración de un contrato de Sociedad.

— Por otro, están aquellos que la entienden como una modalidad de salario variable, o sea, como un complemento integrante del salario.

Difícilmente esta forma de participación puede ser presentada como un contrato de sociedad, al no existir la llamada “*affectio societatis*”, ya que los

(34) De la Villa-Palomeque, *Introducción a la Economía del Trabajo*, pág. 507.

(35) *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, 8ª Edición, Madrid 1987, pág. 366.

(36) *La association de l'ouvrier aux profits du patron*, París 1898, citado por Pérez Patón en *Estudios de Derecho Laboral* homenaje al Profesor Rafael Caldera, Caracas 1977, Ed. Sure, Tomo II, pág. 1.105.

trabajadores no se corresponsabilizan en las pérdidas, carecen por completo de poderes de administración y la nota de la dependencia es plenamente vigente y permanente en la relación.

Otra consideración merecen las teorías que la conceptúan como forma variable de salario, constituyendo parte integrante del mismo, sin menoscabo de la existencia de un salario mínimo garantizado, por norma legal o convencional, todo ello dentro del contrato de trabajo.

Así, con bastante claridad Pérez Batón ⁽³⁷⁾ expresa que “las relaciones de trabajo en la empresa, en su acepción corriente y general no constituyen en ningún caso un contrato de sociedad, por el cual el asalariado participe de las ventajas y los riesgos de la empresa en pie de igualdad con el patrono”, y añade que la participación en las utilidades no es un contrato de sociedad, ya que éste presupone una triple participación: en las ganancias, en las pérdidas y en la dirección de la sociedad, y esta institución sólo participa en las ganancias y no en el resto.

Según Planiol “el sistema de participación en las utilidades no cambia la naturaleza del contrato de trabajo. La parte que a cada obrero toca en las utilidades es un suplemento al salario, es variable y siempre accesoria con relación a éste. El elemento principal de la remuneración es el salario, que deberá ser pagado en todo caso ⁽³⁸⁾.

Por su parte, García Oviedo sostiene que la participación en los beneficios es un suplemento del salario que sólo será percibido por el trabajador cuando haya realmente un fondo que lo suministre, esto es, cuando la industria haya producido beneficio, sin que el obrero responda en ningún caso de las pérdidas de la empresa ⁽³⁹⁾.

Por otro lado, la participación en los beneficios no puede ser entendida, en ningún caso, como un derecho de propiedad sobre el producto de la actividad desarrollada por los trabajadores, ya que el contrato de trabajo, caracterizado por la nota de la ajeneidad, imposibilita que la titularidad de los frutos o utilidades dimanados del trabajo, sean atribuidos a los trabajadores; de otra forma el vínculo laboral desaparecería y entraríamos en el campo de otras figuras

(37) “Una reivindicación obrera: la cogestión. Los consejos de empresa”. *Estudios sobre Derecho Laboral*, en el homenaje al Profesor Rafael Caldera, Caracas 1977. Editorial Sucre, Tomo II, pág. 1.098.

(38) *Traite élémentaire de Droit Civil*, París 1909, mencionado por Pérez Batón en la obr. cit.

(39) *Tratado Elemental de Derecho Social*, Madrid 1948, pág. 223.

jurídicas. Por ello, debemos entender que los resultados sólo constituyen el módulo mediante el cual se determina la cantidad que han de percibir los trabajadores en concepto de participación en los beneficios, sin que en ningún momento lleguen a adquirir la propiedad de los resultados mismos.

Defendiendo un criterio contrario al expresado, Ernesto Krotoschin ⁽⁴⁰⁾ señala que “la participación en las ganancias no debería considerarse remuneración... puesto que es una participación en el beneficio total que el trabajo, junto con otros factores, arroja para la empresa.

En una posición eminentemente pragmática, Luis E. de la Villa ⁽⁴¹⁾ señala que “el estudio de la naturaleza jurídica de la participación en beneficios ha de hacerse, si se quiere llegar a un resultado válido y concreto, sobre un determinado ordenamiento positivo..., ya que en cada Derecho se configura la participación en los beneficios de una forma considerablemente diversa”. Posición que compartimos, a la vista de las distintas formas que utilizan la normativa legal y la negociación colectiva de los diferentes países para estructurar esta fórmula participativa.

d) Ventajas e inconvenientes de la participación en los beneficios.

Como ventajas u opiniones favorables, que la doctrina ha sostenido sobre esta forma de participación, podemos señalar las siguientes:

— Superación de la contradicción de clases.

De forma exagerada se ha defendido que este sistema constituirá la superación de la contradicción trabajo-capital, llegando a desaparecer la condición de asalariado, al convertirse los trabajadores en propietarios de los medios de producción que utilizan.

— Aumento de la producción.

La paz social que origina este sistema, al hacer partícipe a los trabajadores en las utilidades de su empresa, conlleva necesariamente un aumento de la producción por diferentes canales; así, una actitud más positiva hacia el trabajo, escasas pérdidas de tiempo por huelga o desidia, máximo cuidado de maquinarias, herramientas y materiales, etc.; el trabajador siempre estará interesado en la prosperidad de su empresa, y mejorará los métodos de trabajo.

(40) *Manual de Derecho del Trabajo*, 3ª Edición ampliada y actualizada, Edic. Depalma, Buenos Aires 1987, pág. 83.

(41) *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1967, pág. 241.

— Mayor solidaridad social.

Al sentirse los trabajadores unidos por una obra común muestran una mayor cohesión social y solidaridad hacia el resto de los ciudadanos, propiciando, a su vez, relaciones positivas sociales suavizadas, alejadas de las tensiones laborales.

— Posibilita el ahorro.

Se facilita y estimula a los trabajadores al ahorro, pues al cubrir sus necesidades personales y familiares, con su salario ordinario, podrán dedicar al ahorro las cantidades que perciban como consecuencia de la participación en los beneficios.

Como inconvenientes o posiciones contrarias se han consignado las siguientes:

— Sistema injusto.

La injusticia del mismo se ha remarcado desde dos ángulos distintos, por un lado “resulta injusto que los trabajadores no tengan parte alguna en riesgos y pérdidas y sí en las ganancias tan sólo”, y por otro lado, se pone de relieve también la injusticia que se produce como consecuencia de “la existencia de empresas con grandes ganancias, frente a otras que apenas si cubren sus gastos”, y, sin embargo, se añade, “los trabajadores de unas y otras despliegan esfuerzos similares, pero obtendrían retribuciones muy distintas”⁽⁴²⁾.

— Intervención de factores distintos.

Esta forma de participación no depende exclusivamente del mayor o menor rendimiento del trabajador, sino que intervienen factores ajenos al trabajo, como son la situación del producto en el mercado, la competencia existente, la situación económica general, etc.

— Perjudica a la inversión empresarial.

El reparto de beneficios entre los trabajadores disminuye las disponibilidades empresariales para invertir en ampliación de sus industrias o crear otras nuevas o complementarias, lo que perjudica el desarrollo económico de la sociedad en su conjunto y crea procesos inflacionistas.

(42) *Tratado de Política Laboral y Social*, Tomo III, de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, y Guillermo Cabanellas de Torres, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires 1976, pág. 50.

— Crea tensiones en el seno de la empresa.

Su implantación por vía normativa no convencional genera graves tensiones, tanto en el sector empresarial, como en el sindical y por motivos radicalmente distintos. La patronal lo entiende como una expropiación y los sindicatos como una maniobra para disminuir su influencia en los trabajadores, y perder éstos gran parte de su espíritu de lucha.

e) Diversidad de clasificaciones.

De la participación en los beneficios se han formulado distintas clasificaciones, atendiendo a los más diversos aspectos, por ello, consignaremos sólo aquellas que revisten mayor interés y que son pacíficas en la doctrina.

En primer lugar, y siguiendo al profesor Alonso García ⁽⁴³⁾ la podemos clasificar en discrecional, contractual y legal; así, pues, esta forma participativa puede ser implantada de forma voluntaria o unilateral por parte de la patronal, tratando, como ya se ha dicho, de integrar al trabajador en el proceso productivo, y mejorar su rendimiento y procurar su disposición positiva hacia la empresa, asemejándose en este caso, a la gratificación voluntaria. Si bien en otra época este origen voluntario pudo tener determinada virtualidad, los tiempos más recientes testimonian un origen convencional o legal, logrado como consecuencia de la presión ejercida por los trabajadores y, en otros casos, como fórmula de solución de problemas sociolaborales graves.

Para Luis E. de la Villa ⁽⁴⁴⁾ en el Derecho español es necesario distinguir entre participación en los beneficios pactada por las partes y participación en los beneficios impuesta por Ley al empresario frente al trabajador, señalando que “ambas formas no coinciden necesariamente, y ni siquiera suelen superponerse en la práctica”.

Por su parte, Serrano Carvajal ⁽⁴⁵⁾ distingue la participación en los beneficios entendida como sistema retributivo, ya sea principal o complementario y la participación como medio de interesamiento colectivo de personal en la marcha económica de la empresa.

(43) *Curso de Derecho del Trabajo*, Ed. Ariel, 5ª Edición, pág. 546.

(44) *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Universidad de Madrid 1967, pág. 242.

(45) *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Universidad de Madrid 1967, pág. 253.

Por último, gran parte de la doctrina ⁽⁴⁶⁾ la clasifica en atención a la forma de hacer efectivo el reparto de las ganancias atribuidas, y así distingue entre “participación inmediata, directa o integral”, “participación diferida” y “participación en el capital”. La primera de ellas consiste en la distribución de los beneficios que corresponde a los trabajadores de conformidad con lo que se haya establecido convencional o legalmente, previo un plan que no puede sobrepasar el ejercicio siguiente.

En la participación diferida las cantidades que corresponde percibir a los trabajadores se depositan y sólo pueden disponer de ese capital al extinguirse su contrato de trabajo, a determinada edad, transcurrido determinado tiempo, y otras circunstancias previamente establecidas.

Finalmente, la participación en el capital consiste en atribuir a los trabajadores determinadas acciones, títulos o partes de la empresa por el valor de los beneficios que haya que repartir, estando sujetos estos títulos a una regulación especial.

Esta última forma de hacer efectivo el reparto ha sido la que más desarrollo ha tenido, tanto en el plano teórico como práctico, dando lugar, por sí sola, a un nuevo modelo de participación que se conoce como el “accionariado obrero laboral”, y que trataremos en el siguiente apartado.

3º.— EL ACCIONARIADO OBRERO

a) Origen y fundamento.

No se tiene certeza sobre la fecha y lugar en el que comenzó a desarrollarse esta fórmula participativa. Sin embargo, no cabe la menor duda de que se origina como consecuencia de una transformación de la primitiva forma general de participación en los beneficios, en un intento de evitar las suspicacias de los empresarios y la descapitalización de las empresas.

Su origen se sitúa en alguna empresa francesa de finales del siglo XIX, y su desarrollo doctrinal se produce en la década de 1910 a 1920 ⁽⁴⁷⁾, período en el que se realizaron y publicaron las elaboraciones doctrinales más importantes sobre esta temática.

(46) Manuel Alonso García, Ernest Krotoschin, entre otros.

(47) Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas, *obr. cit.*

La regulación positiva de esta forma de participación se inaugura con el fracaso, por su escasa aplicación práctica, de la Ley francesa de 26 de abril de 1917. De dicho texto legislativo se pueden sacar los siguientes aspectos ⁽⁴⁸⁾:

— Se establece como un sistema facultativo a crear libremente por las sociedades anónimas.

— Las acciones tenían las características de nominales e intransferibles.

— Las acciones constituían una propiedad colectiva del personal asalariado, a través de una denominada cooperativa.

— La extinción del contrato de trabajo llevaba aparejada la pérdida de los derechos en la señalada cooperativa.

En 1919, la Ley austríaca de 29 de julio, sobre economía mixta, establece la posibilidad del “accionariado laboral” y el artículo 276 del Código Civil de Liechtenstein reformado en 1926, admite esta fórmula de participación de los trabajadores.

El desarrollo de este sistema de participación de los trabajadores en el capital de las empresas, desde sus propios orígenes, se ha visto dificultado por los problemas que ocasionaba en las relaciones capital-trabajo, dando lugar a enfrentamientos que la desviaban de la finalidad integradora con la que fue creada.

La participación en el accionariado laboral tiene su fundamento en el capital derivado de la inversión primitiva; se pretende con este sistema hacer partícipes a los trabajadores en las ampliaciones de los capitales reinvertidos, es decir, derivados de una inversión inicial. En palabras de G.H. Camerlynck y G. Lyon-Caen ⁽⁴⁹⁾, significa “participación en los frutos de la expansión”, o sea, participar de los frutos de las inversiones derivadas de un capital inicial.

Así pues, el enriquecimiento de la empresa lleva aparejado el enriquecimiento de los trabajadores, que se beneficiarán de los resultados obtenidos.

b) Distintas definiciones.

Alonso García concibe el accionariado obrero como “una simple variedad del general sistema de participación en beneficios de la empresa, no para su entrega inmediata a los trabajadores de la misma, sino para su conversión

(48) Luis Alcalá Zamora y Guillermo Cabanellas, *obr. cit.*

(49) *Derecho del Trabajo*. Traducción de la 5ª Edición francesa por Juan Manuel Ramírez Martínez, Ed. Aguilar, Madrid 1974.

en acciones de las que los titulares son los trabajadores, y caracterizadas por no incidir sobre ellas el dividendo pasivo”⁽⁵⁰⁾.

Según Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas, “el accionariado obrero es un sistema que encuadra a los trabajadores en la estructura económica de la empresa a que pertenecen, tanto en sus beneficios como indirectamente en sus pérdidas por medio de acciones que se emiten a fin de que participen en el éxito o fracaso financiero de la sociedad mercantil en que se integran así”⁽⁵¹⁾.

Para Jorge Rodríguez Mancini, “el accionariado obrero presenta características que elevan a esta institución más allá de una simple modalidad remuneratoria complementaria, por cuanto introduce a los trabajadores en la gestión de la empresa, a través de sus actuaciones como accionistas, con eventuales derechos en las asambleas y reuniones directivas de las sociedades”⁽⁵²⁾.

Muro de Nadal, por su parte, define el accionariado obrero, como el préstamo remunerativo mediante el que “la gratificación que se otorga no se entrega en efectivo, sino en acciones de la firma empleadora, con lo cual el trabajador tiene acceso a la propiedad de los bienes de la empresa, en la que adquiere una personería mixta de asalariado y capitalista”⁽⁵³⁾.

La Comisión de las Comunidades Europeas, en el denominado Libro Verde, señala que esta forma de participación tiene como finalidad inmediata incentivar a los trabajadores en la producción y en el abono personal, y como objetivo a más largo plazo el “promover una distribución más justa de las rentas y la riqueza”⁽⁵⁴⁾.

Fernando Suárez considera que el accionariado obrero es una fórmula de participación que consiste en otorgar a los trabajadores cierto número de acciones de la empresa, convirtiéndoles así en propietarios de una porción del capital de la misma”⁽⁵⁵⁾.

(50) *Curso de Derecho del Trabajo*, 5ª Edición, Madrid, pág. 548.

(51) *Tratado de Política Laboral y Social*, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires 1976. Tomo III, pág. 55.

(52) “La cogestión en la empresa”, en *El Derecho*, Tomo XV, Buenos Aires 1966, pág. 889 y ss., mencionado por Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas, *obr. cit.*

(53) *Participación obrera en los beneficios*, Buenos Aires 1957, pág. 10; citado por Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas, en su *Tratado de Política Laboral y Social*, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1976, Tomo III, pág. 54.

(54) Libro Verde de la Comisión de Comunidades Europeas, pág. 61.

(55) *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid 1967, pág. 269.

De la Villa-Palomeque estiman que “el accionariado obrero consiste en la adjudicación, a los trabajadores de una empresa, de acciones de la misma”⁽⁵⁶⁾.

Tratándose de resumir los elementos más importantes de las definiciones precedentes, el accionariado obrero puede ser definido como una forma especial de participación en los beneficios, por medio de la cual los trabajadores llegan a conseguir parte de la empresa en la que trabajan, al convertir la participación en los beneficios que legal o convencionalmente les corresponde, en acciones de la misma, sin que en ningún momento estén en condiciones de adquirir la mayoría del capital de la empresa por este sistema remunerativo, pues se privaría de la facultad de decisión a los propietarios iniciales.

c) **Naturaleza controvertida.**

El problema de la naturaleza del accionariado obrero no se plantea de modo distinto que en el sistema de participación de beneficios. No existe una posición pacífica, formulándose varias teorías que podemos resumir igualmente en dos grandes bloques:

— Para unos, este tipo de participación constituye un contrato de sociedad con la existencia “*affectio societatis*” en todos los miembros que participan en el proceso productivo.

— Para otros, no deja de ser una forma de integrar el salario, o una simple forma de pago del salario, todo ello dentro del contrato de trabajo. Desde esta perspectiva puede precisarse que el accionariado obrero no supone la desaparición de la oposición empresario-trabajadores. Ese binomio subsiste, aunque varíe la forma de integrar la remuneración de estos últimos, y parte de sus salarios los perciban capitalizando beneficios empresariales en acciones de la propia entidad. Sin que ello dificulte la aplicación de la totalidad del bloque normativo que constituye el Derecho del Trabajo y sus repercusiones en el campo de la Seguridad Social.

Finalmente, resulta inevitable preguntarse si el accionariado obrero puede llegar a constituir un despojo de los derechos de propiedad o si, por el contrario, los accionistas que realizaron la aportación inicial y posteriores ampliaciones, siempre serán los verdaderos dueños del patrimonio social. En este sentido se ha de precisar que el accionariado obrero tiene que estructurarse de tal forma, que la autoridad empresarial de la gestión y la administración

(56) *Introducción a la economía del trabajo*, De la Villa Palomeque, pág. 502.

cotidiana de la empresa permanezcan inalterables, pues en otro caso puede llegarse a situaciones de expropiación, que pueden comportar graves alteraciones de orden jurídico, en la relación laboral existente y en la estructura social y económica circundante.

d) Finalidad y objetivos perseguidos.

Siguiendo a Luis E. de la Villa y Carlos Palomeque⁽⁵⁷⁾, el accionariado obrero tiene como principal objetivo declarado el de desalienar a los asalariados y conseguir su integración en el sistema capitalista.

De esta forma se pretende modificar la actitud de los trabajadores hacia la empresa, tratando de hacer nacer en ellos el sentimiento de un interés común con la empresa, de conseguir la adhesión a su finalidad de beneficio máximo y de crearles una mentalidad de asociados y no de asalariados⁽⁵⁸⁾.

En definitiva, se tiene la pretensión de interesar a los trabajadores en su empresa, para apartarles de sus reivindicaciones cualitativas (Detraz, C.F.D.T.), a la vez que se tiene trabajadores más fieles y más interesados en el aumento de la productividad en la misma.

A nivel ideológico debilita la lucha de clases y crea contradicciones en el seno del movimiento obrero, intentando la integración capitalista por medio de una falsa distribución del capital, con el propósito de hacer nacer sólo ilusoriamente el ideal del pancapitalismo.

Concretando podemos decir que los objetivos que se propone la participación mediante el accionariado obrero son los siguientes:

- Interesamiento de los trabajadores en los resultados de la empresa.
- Mejorar las relaciones capital-trabajo.
- Crear un nuevo clima en los centros de trabajo.
- Promover inversiones derivadas de las capitalizaciones de los beneficios.
- Propiciar el ahorro salarial.

(57) *Obr. cit.*, pág. 502.

(58) Georges Laserre “¿Representa el accionariado obrero una reconciliación con el capitalismo?” *Estudios Cooperativa*, 1969, núm. 18, plº 66, citado por De la Villa-Palomeque en *Introducción a la Economía del Trabajo*.

e) **Clases y modalidades.**

Se pueden realizar múltiples clasificaciones del accionariado obrero, sin embargo, a los efectos de este estudio sólo consideramos interesante clasificarlo atendiendo a los siguientes aspectos:

— *Por el modo de implantarse.*

Atendiendo a la fórmula que adopte la decisión de implantar esta forma de participación, el accionariado laboral se puede clasificar en:

- Unilateral.
- Convencional.
- Legal.

Según que la decisión sea tomada de forma voluntaria por el empresario, pactada con los representantes de los trabajadores o impuesta por una norma estatal.

— *Por la forma de adjudicarse las acciones de trabajo.*

Atendiendo a la forma de distribuir las acciones, que de acuerdo con los beneficios o utilidades obtenidas por la empresa, corresponda repartir entre los trabajadores tendremos:

- Accionariado individual.
- Accionariado colectivo.
- Accionariado sindical.

Según que dicha distribución se realice “nominal y separadamente a cada uno de los trabajadores beneficiarios”⁽⁵⁹⁾, se adjudique de forma conjunta a todos los trabajadores o se atribuya a una asociación profesional que, constituida por todos los trabajadores, las administre.

— *Por los trabajadores que abarque.*

Atendiendo a los trabajadores que se ven beneficiados por las acciones de trabajo, se puede clasificar en:

- Accionariado total.
- Accionariado parcial.

(59) Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas, *obr. cit.*, pág. 66.

Dependiendo de que las acciones laborales se asignen a la totalidad de la plantilla de la empresa o sólo beneficie a determinadas categorías profesionales.

— *Por los derechos que contengan las acciones de trabajo.*

Atendiendo a los derechos que los trabajadores como accionistas posean, podemos hablar de:

— Accionariado obrero temporal.

— Accionariado obrero restringido.

Según que las acciones de trabajo tengan el mismo contenido que las acciones de capital o sus derechos se vean disminuidos respecto de éstos.

— *Por su finalidad.*

Por último, atendiendo a los objetivos que se pretenden conseguir, el accionariado obrero, puede ser entendido como un elemento incentivador de los trabajadores, en la búsqueda de un mayor rendimiento, o como un medio de gratificar a determinados trabajadores por su mayor responsabilidad e importancia dentro del Organigrama empresarial.

Modalidades del Accionariado Obrero:

La distribución de acciones entre los trabajadores de una empresa se puede conseguir de múltiples, variadas y complejas formas:

— Realizando cesión gratuita de acciones ya existentes, compradas en bolsa por la empresa con cargo a los beneficios.

— Creando nuevas acciones mediante ampliación de capital y destinándolas a sus trabajadores.

— Facilitando a los trabajadores créditos destinados a la compra de acciones de la misma empresa.

— Creando un derecho de suscripción prioritario a sus trabajadores en ampliaciones de capital.

— Colaborando el poder público mediante medidas fiscales que repercutan las bonificaciones en acciones para los trabajadores.

Modalidades que se citan a título de ejemplo de las múltiples y complejas formas que se pueden emplear.

f) **Ventajas e inconvenientes del accionariado.**

Pese a no ser cuestión pacífica en la doctrina, su estudio no presenta grandes complejidades, así, siguiendo a Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas ⁽⁶⁰⁾ podemos establecer el siguiente cuadro:

Ventajas de orden político-social:

- Se realiza una distribución más justa de los beneficios empresariales limitando las ganancias del capital y trasladándolas hacia los trabajadores.
- Se disminuyen los conflictos laborales colectivos existiendo una mayor compenetración en la relación capital-trabajo.
- Se produce una transformación social, al generar unos ciudadanos más activos y preocupados por la actividad pública y por la superación personal.
- Tiene el efecto positivo, de carácter psicológico, de considerarse el trabajador algo más que un simple dador de trabajo, subordinado a la empresa, transformándolo en socio de la misma.
- Se genera una mayor solidaridad social.

Ventajas de carácter productivo:

- Se incrementa el rendimiento de los trabajadores participando más activamente en la empresa por el interés directo que tienen en los beneficios o dividendos empresariales.
- Se evitan conflictos superfluos e innecesarios.
- Existe un mayor “cuidado” de los trabajadores por los instrumentos y materiales de trabajo y un sentido de responsabilidad más acentuado en la actividad productiva.
- Se muestra un mayor interés por la marcha y el progreso de la empresa, al repercutirles directamente la prosperidad de la empresa.
- No se descapitaliza a la empresa, al revertir de nuevo hacia ella los beneficios distribuidos entre los trabajadores.

Inconvenientes y dificultades:

- Sólo es posible su aplicación en aquellas empresas que están estructu-

(60) *Obr. cit.*, págs. 61 y ss.

radas por medio de acciones o participaciones, sin que sea posible su incorporación a las empresas personales.

— Lleva aparejadas necesariamente otras formas de participación como la información, la consulta y el control sobre la contabilidad y gestión empresarial.

— Se diluye el secreto empresarial, al tener conocimiento de la estrategia de producción el conjunto de los trabajadores.

— No existe un criterio “unánimemente” aceptado para adjudicar las acciones a los trabajadores, recurriéndose a un reparto proporcional sobre sus salarios, lo que mantiene las diferencias e injusticias sociales.

— Es necesario para su implantación que en los estatutos de la sociedad no se pongan inconvenientes a la incorporación de nuevos socios.

g) Las acciones de trabajo.

Se denominan acciones de trabajo o laborales aquellos créditos sociales sobre los que se sustenta el accionariado obrero laboral.

Como notas definitorias de este tipo de acciones, que los tratadistas han glosado, como más representativas, podemos citar las siguientes:

— En primer término, se caracterizan porque sólo los trabajadores de la empresa que las emite, pueden poseerlas, y porque son adquiridas mediante los beneficios, ganancias o utilidades obtenidas y repartidas entre los mismos.

— Estas acciones están sometidas a limitaciones y prohibiciones, no correlativas con las acciones de capital, sobre todo, en cuanto a las posibilidades de enajenación y transmisión, así como en lo referente al contenido de los derechos sobre la empresa.

— Son emitidas por las sociedades que implantan esta forma de participación, representando las mismas una parte alícuota de la empresa y concretándose un título crediticio, que forma parte del patrimonio social.

— Tienen garantías especiales en cuanto a su valor y dividendo, sin que les sean aplicables dividendos pasivos, lo que evidencia su naturaleza de títulos de participación en los beneficios.

— Al no ser perpetuas ni hereditarias, las acciones de trabajo tienen que ser reintegradas cuando por alguna circunstancia el vínculo laboral del trabajador con la empresa se extingue.

h) Características del accionariado laboral.

Como resumen final, a modo de conclusión podemos señalar que el accionariado obrero se caracteriza por las siguientes notas:

— Constituye un sistema complementario de remuneración, al igual que la participación en los beneficios, si bien las utilidades o ganancias no son percibidas de forma inmediata por los trabajadores.

— Una vez cuantificados los beneficios, un porcentaje determinado legal o convencionalmente, se aplica a nuevas ampliaciones de capital, cuyas acciones irán a parar a los trabajadores.

— Las acciones de trabajo no son inmediatamente realizables, pues si lo fueran en poco se diferenciaría esta institución de la participación en los beneficios propiamente dicha. Sólo después de haber transcurrido un largo período de tiempo prefijado, o al romperse el vínculo contractual es posible su convertibilidad, debiendo pertenecer necesariamente a los trabajadores de la empresa que las emite.

— Al igual que la participación en los beneficios, este sistema tiene como objetivo principal la integración de los trabajadores en la empresa, creando unas relaciones positivas, cordiales, flexibles y equilibradas en su seno, creándose un mayor interés de los trabajadores hacia la empresa, que se refuerza con los vínculos que les ligan, al tener fines comunes de carácter patrimonial; en definitiva, se incentiva hacia una mayor producción.

— Constituye un medio eficaz para conseguir la coexistencia social.

— Por el hecho de que los trabajadores tengan acciones de forma colectiva o individual, en la empresa en la que están integrados, por ello no se modifica el carácter laboral de la relación que les une a la entidad; las notas de subordinación o dependencia y la ajeneidad siguen presentes, en el contrato, y la prestación del servicio se desarrolla en idénticas condiciones.

— La titularidad de acciones, por sí sola, es insuficiente para que dé origen a la llamada “*affectio societatis*”, ya que los trabajadores, en contraposición a los socios, no han creado la entidad, no la dirigen ni administran y no han expuesto sus bienes a los riesgos que toda actividad empresarial comporta.

4º.— PERSPECTIVAS DE AMBAS INSTITUCIONES

a) Diferencias y semejanzas en los dos institutos.

La participación en los beneficios conecta con el accionariado obrero cuando las ganancias no son distribuidas de forma inmediata a los trabajadores, sino que se realizan de forma diferida, capitalizándose y convirtiéndose en acciones de la empresa a la que pertenecen los trabajadores, tratándose de paliar así, uno de los mayores inconvenientes con que tropieza esta forma participativa, la descapitalización de las empresas, que generan, a su vez, procesos inflacionistas.

Ambas instituciones se encuentran muy cercanas y presentan evidentes semejanzas, sin que podamos decir que se trata de un mismo concepto.

Entre las características coincidentes procede señalar:

- Constituyen un ingreso patrimonial hacia los trabajadores.
- Dicho ingreso está en relación con las ganancias obtenidas por la empresa.
- Supone en ambos casos un ingreso complementario del salario nominal y al margen de éste, que siempre se percibe.
- Tienen como finalidad estimular la productividad, crear un ambiente positivo en los centros de trabajo y trazar vínculos de unión entre la empresa y los trabajadores.
- En los dos supuestos, el resultado de la gestión económica no depende de los trabajadores, que en ningún momento participan en la toma de decisiones.
- La naturaleza laboral de la relación se mantiene y continúa operando con las notas de la dependencia y la ajeneidad.
- Los resultados positivos o negativos de la actividad económica, dependen de circunstancias externas y, por tanto, son aleatorios.

Sin embargo, estos dos institutos tienen *diferencias esenciales*, que distinguen perfectamente su finalidad, alcance y operatividad:

— El accionariado obrero trata de eliminar los inconvenientes señalados de la participación en los beneficios, así:

- 1) Evita la sangría económica de la empresa en perjuicio de la inversión.
- 2) Hace partícipe al trabajador, en cierta medida, en las pérdidas producidas en la actividad empresarial.

— El accionariado obrero implica siempre la existencia previa de un reparto de beneficios; sin embargo, dichas utilidades no se hacen efectivas en favor de los trabajadores de forma inmediata, sino cuando el trabajador rompe el vínculo contractual con la empresa, o después de un período de tiempo determinado.

— A pesar de que la naturaleza jurídica de la relación existente entre empresa y trabajador no se modifica en ambos institutos, el accionariado obrero añade la condición de “socio” al trabajador sin que ello repercuta en la naturaleza de su contrato. Como señala Pérez Patón ⁽⁶¹⁾, “en rigor, la participación de acciones difiere radicalmente de la participación pura y simple en los beneficios, por cuanto como accionista, el obrero resulta ser un asociado de la empresa, con derecho a intervenir en la administración, facultad que no le es concedida al simple participante. Ahora bien, hasta dónde podría avanzar ese derecho de intervención, es lo que constituye el nudo del problema, no resuelto hasta hoy”.

b) Instituciones caducas y controvertidas.

La participación en los beneficios conjuntamente con el accionariado obrero y “los jurados mixtos” obreros-patronos fueron los principales instrumentos en los que se centraban las esperanzas del pasado siglo, para la solución de la denominada “cuestión social”.

Si ello fue una realidad en esa época, en la actualidad estas dos instituciones no constituyen los temas de debate, por los que se camine, para la solución de los problemas sociales del presente. Son, por tanto, fórmulas de participación del pasado, ya caducas e inservibles a los fines para los que surgieron, si bien alguna de ellas, sobre todo la participación en las ganancias, tiene una relativa existencia en las relaciones laborales actuales concretándose a través de la negociación colectiva, principalmente en el marco de los convenios

(61) *Obr. cit.*, pag. 1.117.

de empresa. En palabras de Ojeda Avilés se trata de instituciones “desgastadas y desacreditadas en la mayoría de los países” ⁽⁶²⁾.

Por ello, podemos afirmar que estas concepciones de la participación se han quedado estancadas, y de ahí la necesidad de dirigir nuestro pensamiento hacia nuevas concepciones del derecho de participación, que aporten nuevos elementos que nos permitan avanzar en la consecución de ese objetivo lejano de “democracia industrial”.

Por otro lado, tanto la participación en los beneficios como el accionariado obrero son fórmulas participativas que encuentran gran resistencia por parte de la patronal y de las organizaciones sindicales.

Los empresarios, por entender que se les somete a una expropiación de sus derechos, sin ningún tipo de compensación, a lo que hay que añadir la fiscalización que es necesario efectuar sobre la contabilidad de la empresa, y las pretensiones que tendrían los trabajadores de intervenir en la dirección de la gestión empresarial.

Los sindicatos, por otro lado, estiman que son fórmulas de participación que limitan la capacidad de lucha de los trabajadores, los desmovilizan y les incapacitan para transformaciones superadoras de las actuales relaciones capital-trabajo, que hagan desaparecer el actual modelo de trabajo asalariado.

Al ser, pues, instituciones caducas para los fines por los que surgieron, y controvertidos, para los dos interlocutores sociales más importantes, hacen que no sean las fórmulas participativas que constituyan el entorno de las reivindicaciones obreras y el debate social actual.

Ambas son instituciones que pueden ser estudiadas desde muy diversas perspectivas, y han sido precisamente sociólogos, economistas y tratadistas de la reforma de la empresa capitalista, los que han realizado un mayor esfuerzo en demostrar la importancia de estas instituciones, como fórmulas de integración de los trabajadores en la empresa y suavizadoras de las tensiones producidas por los intereses contrapuestos que se dan en las relaciones laborales; sin embargo, ha sido necesario, en este corto análisis, y a los fines que nos interesan, prescindir de todos los aspectos no jurídicos.

c) Hacia fórmulas participativas mixtas.

“Tanto el accionariado obrero como la participación en los beneficios

(62) *Derecho Sindical*, Editorial Tecnos, 2ª Edición, Madrid 1974, pág. 232.

en sus modalidades más puras o tradicionales, van cediendo el terreno a fórmulas mixtas, mucho más sutiles, en las que se combinan elementos de ambas y no pocas veces, con el mismo ánimo integrador ya denunciado”⁽⁶³⁾.

Así el modelo francés, en el que la participación de los trabajadores en los beneficios se convierte en la adquisición de acción, y cuyos beneficios repartidos son en realidad bonificaciones fiscales que el Estado realiza a las Empresas.

Nos dirigimos, por tanto, hacia otras formas que recojan ventajas y posibilidades de las instituciones estudiadas, y que encuentren menor resistencia, tanto de la patronal como de las organizaciones sindicales. Estos esfuerzos se están concretando en un nuevo modelo participativo, con grandes posibilidades de desarrollo, y que la doctrina lo viene conociendo con la denominación de “interesamiento del personal”.

En este sentido se hace preciso reseñar la experiencia española de las Sociedades Anónimas Laborales (S.A.L.) y los Fondos de Inversión en Suecia.

El origen normativo de la Sociedad Anónima Laboral española hay que buscarlo en la Legislación de los Fondos Nacionales de Protección al Trabajo, con su pretendido objetivo de aplicación social del impuesto y el ahorro; y su origen fáctico lo tenemos en la necesidad de reflotar empresas de servicios públicos en crisis, cuyo exponente más significativo lo constituyó el complejo de transportes SALTUV-FULTUV de Valencia, que tiene su reflejo en Canarias con SALCAI.

Estas sociedades reguladas por la Ley 15/1986, de 25 de abril, vienen caracterizadas por los siguientes datos:

- Son sociedades anónimas en las que al menos el 51 por 100 del capital social pertenece a los trabajadores que prestan en ellas sus servicios retribuidos de forma directa, personal, por tiempo indefinido y en jornada completa.

- Ninguno de los socios podrá poseer acciones que representen más del 25 por 100 del capital social, exceptuándose las Administraciones Públicas y personas jurídicas con capital social mayoritariamente público, que pueden poseer hasta el 49 por 100 de dicho capital social.

- Las acciones que serán en todo caso nominativas, si existen socios capitalistas, se hará constar en el título de la acción, las reservadas para los

(63) *Introducción a la Economía del Trabajo*, De la Villa-Palomeque, pág. 509.

trabajadores, para las cuales pesa una preferencia de adquisición entre los trabajadores de la entidad.

— No podrá existir más del 15 por 100, en relación con los socios trabajadores, de asalariados no socios, salvo en aquellas sociedades con menos de 25 socios trabajadores que se permite hasta el 25 por 100 ⁽⁶⁴⁾.

A finales de 1983 el Parlamento de Suecia aprueba la Ley de los Fondos de Inversión de los Asalariados, propuesta por el Partido Socialdemócrata y apoyada por el Partido Comunista, cuya vigencia tiene comienzo el 1 de enero de 1984.

Estos fondos de inversión tienen su origen en la política salarial igualitaria planteada por la Central Sindical “Unión Nacional de Trabajadores de Suecia” (L.O.) desde 1951, que evitó la dispersión del salario y propició el incremento de la formación de capital. En la búsqueda del modo de compartir esos excesos de beneficios de las empresas, se creó en 1971 una comisión sindical presidida por Rudolf Meidner, que formuló en 1976 en el Congreso de la L.O. la propuesta de creación de unos fondos de inversión de los asalariados con los excesos de beneficios de las empresas más rentables.

Los citados fondos no sólo pretenden resolver la problemática creada por la política salarial igualitaria y el exceso de beneficios en determinadas empresas, sino que además constituyen un intento de propiciar la participación de los trabajadores en el marco de la empresa. Según el informe Meidner tienen una triple finalidad:

1º. Completar la política salarial basada en el principio de solidaridad.

2º. Contrarrestar la concentración de la riqueza favorecida por la autofinanciación industrial.

3º. Incrementar la influencia que los asalariados tienen sobre el proceso económico ⁽⁶⁵⁾.

El sistema general de pensiones sueco sirvió de base para la organización de estos fondos; el método utilizado consistió en la creación de cinco nuevos fondos, que se unieron a los cuatro ya existentes, contando cada uno de ellos

(64) Juan Carlos Sáez García de Albizen, “Sociedad Anónima Laboral: Notas para el estudio de una posible deformación del tipo legal mercantil”, *Revista de Trabajo*, nº 87, junio-septiembre 1987.

(65) Antonio Lucas Marín, “Los Fondos de Inversión de los asalariados de la democracia industrial a la democracia económica”. *Revista de Trabajo*, nº 90, abril-junio 1988.

con un consejo de dirección independiente, formado por nueve personas de las cuales cinco de ellas, necesariamente deben representar los intereses de los asalariados por medio de las organizaciones sindicales, teniendo, asimismo, una distribución regional.

Como fuentes de ingresos de estos nuevos fondos se utilizan dos procedimientos: de un lado, la contribución especial derivada de los beneficios extraordinarios de las empresas, y, de otro, por medio de un subsidio que proviene de la masa salarial de las empresas.

Se entiende que existen beneficios extraordinarios cuando los mismos superan el 6 por 100 de la masa salarial o son superiores a 500.000 coronas suecas, en cuyo caso las empresas deben aportar el 20 por 100 de estos beneficios. El segundo canal de ingresos se consigue detrayendo de la masa salarial un porcentaje que puede ir del 0,2 al 0,5 por 100 dependiendo de los objetivos de financiación planteados.

Los fondos tienen como finalidad invertir en acciones de empresas suecas, sin que la inversión de cada uno de ellos pueda sobrepasar el 8 por 100 de los derechos de voto, ni alcanzar más del 40 por 100. Asimismo, no les está permitido lograr la mayoría de los derechos de voto con la ayuda de un cuarto fondo de pensiones que puede llegar hasta el 10 por 100 de las acciones en una misma empresa. Todo ello posibilita una gran intervención e influencia, tanto en las Juntas Generales como en los Consejos de Administración, que deberá ser compartido con los representantes de los trabajadores en el seno de las empresas.

NOTAS ACERCA DEL TRANSEXUALISMO EN RELACIÓN CON LA ADOPCIÓN Y EL ACOGIMIENTO DE MENORES

VICENTE JOSÉ ROJAS FRIEND
ABOGADO

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. ADOPCIÓN.
3. ACOGIMIENTO FAMILIAR.

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de la dificultad que pueda entrañar la definición de TRANSEXUALIDAD, a los efectos de estas notas y su trascendencia en la materia de adopción y acogimiento, y habida cuenta de que aquélla va a depender de la valoración o importancia que se le dé a los distintos aspectos —psicológicos, morfológicos, cromosómicos—, que confluyen en el fenómeno, podemos considerarla, a la vista de la corriente jurisprudencial existente al respecto, como la “situación caracterizada por un irresistible deseo de pertenencia al sexo contrario y rechazo del propio, que, a través de una operación quirúrgica de extirpación y supresión de los órganos sexuales masculinos e instauración de unos órganos sexuales similares a los femeninos, produce la trasmutación aparente del varón en hembra”.

Partiendo de este concepto, y sin entrar a sopesar valoraciones de tipo psicológico o anatómico, lo que ha sido hartamente discutido ⁽¹⁾ y cuyo estudio excede de la pretensión de estos apuntes, ante la falta de una regulación legal en nuestro Derecho a diferencia de lo que ocurre en la legislación comparada ⁽²⁾, se irá desgranando la configuración jurídica de dicha situación o fenómeno efectuada por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal a partir de la fundamental sentencia de 2 de julio de 1987, y su repercusión en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (D.G.R.N.).

Dicha configuración jurídica incide directamente sobre el reconocimiento o no del “ius nubendi” del transexual con otro varón, y, en lo que exclusivamente interesa ahora, en la posibilidad o no de que una persona pueda ser adoptada o acogida conjuntamente por una pareja formada por un transexual y un hombre.

A tales efectos, distinguiremos un apartado dedicado a la adopción,

- (1) En el análisis que hace RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ en el artículo “Transexualidad y cambio de sexo”, aparecido en *La Ley*, 1987-4, páginas 166 y ss., comentando la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1) de 2 de julio de 1987, así como del voto particular formulado por el Sr. Pérez Gimeno, se describe el significado de la transexualidad atendiendo a diferentes criterios.
- (2) En Italia existe la Ley de 14 de abril de 1982 sobre normas en materia de rectificación en la atribución de sexo, o en Suecia la Ley de 21 de abril de 1972, o la Ley alemana de 11 de agosto de 1980, que, grosso modo, regulan las condiciones y consecuencias de la rectificación de sexo operada a través de una intervención quirúrgica de modificación de caracteres sexuales externos.

centrando el estudio en lo dispuesto en el artículo 175, número 4º del Código Civil, y en la Disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y, otro dedicado al acogimiento familiar, en que, a diferencia de lo que ocurre en materia de adopción, carece de normas específicas de capacidad y prohibiciones, al no contener la nueva regulación, introducida por la referida Ley 21/87, normas dedicadas a los elementos personales de la recientemente creada institución de protección de menores ⁽³⁾.

2. ADOPCIÓN

En materia de adopción hemos de acudir, y según se acaba de señalar, al número cuarto del artículo 175 del Código Civil, en la redacción dada por la reiterada Ley 21/1987, que, textualmente, dice que “Fuera de la adopción *por ambos cónyuges*, nadie puede ser adoptado por más de una persona”.

Dicho precepto —cuya génesis se remonta al artículo 137 del proyecto de Código Civil de 1851 y a su plasmación originaria, y prescindiendo de las vicisitudes del mismo a lo largo de las diferentes reformas que, en materia de adopción, han sido llevadas a cabo por el legislador español, cuyo complejo estudio no se corresponde con el contenido de estas breves notas—, recoge el texto del artículo 172, párrafo último, redactado por la Ley 7/1970, de 4 de julio, y mantenido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, con la única supresión de la exigencia de la simultaneidad en la adopción conjunta, pues, como luego veremos, un cónyuge podrá adoptar al hijo adoptado previamente por su consorte (artículo 176.2.2º C.C.).

En lo que ahora nos interesa, es decir, en la posibilidad de que una persona pueda ser adoptada simultáneamente por la unión formada por un varón y un transexual, y ante la falta de una normativa legal que regule el matrimonio de los transexuales, hemos de acudir a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (T.S.), y la doctrina de la D.G.R.N., a fin de determinar, inicialmente,

(3) Decimos “recientemente creada” porque si bien es cierto que la figura del acogimiento no es nueva en nuestro derecho, al haber sido regulada por dispersas y fragmentarias normas de carácter administrativo no es menos cierto que la Ley 21/87 la introduce por primera vez en el Código Civil, dándole autonomía propia como institución de protección de menores, y, en tal sentido, el propio preámbulo de la referida ley lo ratifica, al afirmar textualmente que “es una novedad importante, que tiene su parangón en diversos derechos europeos y que supone dar rango legal de primer orden a una institución hasta hoy regulada por dispersas normas administrativas.”

si es posible el matrimonio de los transexuales, ya que la solución que demos a dicha cuestión, nos va a revelar, como consecuencia lógica e ineludible, la resolución del problema que estamos tratando.

A este respecto, es trascendental la reciente resolución de la D.G.R.N. de 2 de octubre de 1991 (B.O. Ministerio de Justicia de 15 de diciembre de 1991), resumen de la doctrina de la Dirección General y de la Jurisprudencia del T.S., que acordó la imposibilidad de autorizar el matrimonio de un varón y un transexual hasta que judicialmente se determine la capacidad de aquel último para contraer nupcias con varón, y, ello, en función de las siguientes consideraciones:

1) Que, aunque el propio Tribunal Supremo ha admitido el cambio social de sexo por consecuencia del síndrome transexual, estimando que dicho cambio ha de tener su reflejo en la inscripción de nacimiento del interesado en el Registro Civil, dicha rectificación registral no supone, ni mucho menos, “una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto (sentencia del T.S. de 2 de julio de 1987)”.

2) Que el cambio de sexo, que no implica la equiparación absoluta con la del sexo femenino, constituye un remedio artificial que, en aras del libre desarrollo de la personalidad, sancionado en el artículo 10,1 de la Constitución, justifica que el interesado sea socialmente considerado como mujer, pero por sí mismo “no faculta al interesado, mientras no se decida judicialmente otra cosa, a contraer matrimonio con otra persona de su sexo físico”.

3) Que, consecuencia de lo anterior, y partiendo de que el derecho fundamental del hombre y la mujer a contraer matrimonio (artículo 32.1 de la Constitución Española), está limitado a personas de distinto sexo biológico, llega a la conclusión de que si llegara a contraerse matrimonio entre personas del mismo sexo, y el transexual y el varón en la interpretación dada al cambio de sexo lo son a tales efectos, aquél sería nulo por inexistente, porque, precisamente, el artículo 45 del Código Civil, al señalar que “no hay matrimonio sin consentimiento *matrimonial*”, da especial relieve a que el consentimiento que haya de prestarse y cuyo concurso genera la validez y eficacia del vínculo matrimonial, no es el consentimiento simple de los contratos, sino un consentimiento especial, el recíproco en que cada contrayente ha tenido en cuenta el sexo distinto —biológico— del otro, destinados a complementarse en la institución querida por el legislador.

Partiendo de las anteriores consideraciones, se entiende fácilmente que,

en el actual panorama jurídico español, a falta de normativa legal específica, la función integradora del Tribunal Supremo en esta materia, efectuada en la dirección apuntada, nos lleva a la ineludible conclusión de que el transexual tiene limitado el “ius nubendi” respecto a personas de su mismo sexo biológico, al considerarse que lo único que se produce es una ficción jurisprudencial de equiparación de sexo a los solos efectos de que el transexual tenga derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra y obtener, de este modo, una consideración social como mujer, pero sin producirse, a nivel formal, una plena equiparación con la del sexo femenino ⁽⁴⁾.

Teniendo en cuenta la conclusión anterior, y habiendo resuelto negativamente el problema inicialmente planteado, al no ser posible el matrimonio de los transexuales, y retomando el texto del artículo 175.4 del C.C., al señalar que la adopción conjunta lo ha de ser “por ambos cónyuges”, llegamos a la fácil conclusión de que, fuera del matrimonio formado por un hombre y una mujer (excepción hecha de lo que después se dirá respecto a las uniones de hecho), nadie puede ser adoptado por más de una persona, o expresado en otras palabras, que es imposible que una persona pueda ser adoptada, simultáneamente, por un varón y un transexual, al ser jurídicamente imposible la unión matrimonial de ambos, cuyo reconocimiento queda condicionado a una regulación legal, no presumible, o a su declaración en resolución judicial ⁽⁵⁾.

Ahora bien, la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio no afecta a la posibilidad de establecer una unión de hecho, solidaria y estable, análoga a la conyugal, entre un transexual y un varón, lo que nos llevaría a analizar la hipótesis de que una persona pudiera ser adoptada conjuntamente por un transexual y un hombre “unidos de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”, por la vía de la disposición adicional tercera de la Ley 21/87.

En este supuesto, cuya ubicación en una disposición adicional, utilizando

- (4) En tal sentido se pronunciaba antes de la sentencia de 2-7-87, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1986, al considerar que de aceptarse la tesis de que un transexual “sea tenido por mujer” por decisión judicial ello implicará que “en lo sucesivo podría contraer matrimonio con un varón soltero o divorciado; podría adoptar plenamente y convertirse en “madre adoptiva”; en su caso, a falta de descendientes y ascendientes sería considerado heredero abintestato de su “cónyuge”, etc...”, llegando a concluir que “aunque parezca más propio de una visión de pesadilla, cabe imaginar lo que ocurriría en los casos de transexuales anteriormente casados y divorciados, con hijos que en una determinada etapa de su vida cambien de sexo”.
- (5) La comentada R.D.G.R.N. de 2 de octubre de 1991 así lo reconoce al señalar en su fallo que “no es posible autorizar el matrimonio pretendido hasta que por vía judicial oportuna se determine la capacidad de doña C.M.R. (transexual) para contraer nupcias con un varón”.

una inadecuada técnica legislativa, ha sido objeto de duras críticas⁽⁶⁾, al impedir su inclusión en el articulado de las futuras ediciones del Código, y, partiendo del propio texto de la referida norma y de todas las consideraciones efectuadas al tratar de la posibilidad del matrimonio de los transexuales, hemos de llegar a la misma conclusión que en el anterior problema, es decir, que las uniones de hecho formadas por un transexual y un hombre no pueden adoptar, y ello, básicamente, por dos razones:

a) La disposición adicional tercera menciona expresamente los términos “hombre y mujer”, como los dos miembros integrantes de la pareja de hecho equiparable al matrimonio a los efectos de adopción conjunta de una misma persona, y considerando que, como hemos afirmado, la equiparación entre el transexual y la mujer no es absoluta sino a los limitados efectos apuntados, aquél no puede entenderse incluido en el término “mujer” aludido en la norma, ya que habrá de tratarse de un hombre y una mujer, en términos biológicos puros, y el transexual, aunque con sexo físico femenino, tiene un sexo biológico masculino que, a los presentes efectos, le haría estar inmerso en el término “hombre”.

b) La unión de hecho se equipara a la matrimonial en una relación de analogía, y si aquél está prohibido para los transexuales por las razones expuestas, iguales conclusiones nos llevarían a negar la posibilidad de adoptar conjuntamente por un transexual y un varón unidos en relación estable, pues, de otro modo, se quebraría la “ratio” de la norma cuya finalidad ha sido la de recoger una situación frecuente en la realidad social atribuyendo unos concretos efectos jurídicos, a través de concederle un trato de igualdad respecto a las uniones matrimoniales⁽⁷⁾.

(6) J.M. LETE DEL RÍO, en el artículo “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, publicado en la revista de *Actualidad Civil*, número 5, 1991, habla de la “difícil justificación de haber introducido la referida equiparación por la vía de la disposición adicional, cuando lo correcto hubiera sido insertarla en el propio artículo 175 del C.C.”.

GIL MARTÍNEZ (*La reforma de la adopción*, Madrid, 1988, página 70), indica que “lo que llama la atención es que haya incluido esa previsión en una Disposición Adicional cuando su ubicación adecuada hubiera estado en el articulado, a continuación de la referencia a los cónyuges, a quienes se les iguala”.

En el mismo sentido, VALLADARES RASCÓN (“Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción”, *Poder Judicial* n° 9, mayo 1988, página 43) califica de “vergonzante” el encuadramiento del precepto en una disposición adicional y estima, también, que hubiera sido preferible incluirlo en el articulado del Código.

(7) En este sentido se pronuncia la mayor parte de la doctrina (FELIÚ REY, LA CRUZ, SANCHEZ REBULLIDA, ESTRAD ALONSO,...), que, partiendo de la necesidad de que en tales uniones se dé la nota de la heterosexualidad, excluyendo así las relaciones homosexuales, y de que el transexual, jurisprudencialmente, no se equipara a la mujer de un modo absoluto, llegan a la conclusión apuntada.

Por último, y a fin de terminar el capítulo dedicado a la adopción, una vez tratada lo que LACRUZ denomina adopción plural simultánea, hemos de referirnos brevemente a la adopción sucesiva, permitida implícitamente por el artículo 176,2,2º del C.C., es decir, a la posibilidad de que uno de los cónyuges adopte al hijo adoptivo del otro consorte.

Se plantea inicialmente el problema de si en las parejas unidas de hecho, vía disposición adicional tercera, podrá uno de ellos adoptar al hijo previamente adoptado por su pareja. Al respecto, hemos de afirmar su imposibilidad, de un lado, porque aquella “vergonzante norma analógica introducida a hurtadillas en la Ley de 1987” (GARCÍA CANTERO), sólo se refiere a la posibilidad de adopción “*simultánea*” y no sucesiva, y, de otro, porque el propio precepto citado habla de “ser hijo del *consorte* del adoptante”, y los miembros de dichas uniones no lo son, y dicha imposibilidad nos lleva a adoptar una respuesta negativa en orden a la posibilidad de que uno de los miembros integrantes de una relación afectiva estable formada por un transexual y un varón pueda adoptar al hijo anteriormente adoptado por el otro, pues, admitido que no pueden casarse entre sí, y que el supuesto se refiere únicamente a adopciones del hijo del “consorte del adoptante”, sin extenderlo a las uniones de hecho a que alude la referida disposición adicional tercera, dicha imposibilidad deviene evidente.

3. ACOGIMIENTO FAMILIAR

Respecto al acogimiento, a diferencia de lo que ocurría en materia de adopción, al no recoger el texto legal del Código Civil, en la modificación introducida por la reiterada Ley 21/1987, ninguna norma concreta que regule los requisitos personales o de capacidad de las personas que van a acoger, nos encontramos con una laguna legal —querida o no por el legislador—, para cuya integración hemos de optar por una de estas dos soluciones, a saber, equiparar el acogimiento a la adopción y, por tanto, ser aplicable a los sujetos activos del acogimiento las reglas que para aquélla regula el artículo 175 del C.C., o, por el

(...) Llegando incluso autores, como FELIÚ REY, amparándose en el principio del interés del adoptado, recogido como básico en la Ley 21/87, a utilizar otros criterios extrajurídicos para defender dicha tesis, tales como el de la influencia negativa que puede ejercer sobre el adoptado su relación con el transexual, en virtud del desequilibrio emocional y psíquico que padece aquél, y que tiene su origen en una “educación sexual desviada”.

contrario, considerando que se trata de una institución independiente, serle aplicables las normas generales de capacidad contenidas en aquel texto legal.

Ello tiene importancia en el problema que estamos planteando porque si optamos por la primera de las soluciones apuntadas, nada nuevo habría que decir respecto del acogimiento que no hubiéramos afirmado ya al tratar en el apartado anterior la adopción, pues, si a aquél le resulta de aplicación la normativa en materia de capacidad y prohibiciones de aquélla, la conclusión a la que hemos de llegar, ineludiblemente, es la de la imposibilidad de que una pareja formada por un hombre y un transexual pudieran ser acogedores por impeditivo legal, al no estar comprendido en el supuesto contemplado en el artículo 175, número 4 del Código Civil, ni en la Disposición adicional tercera de la Ley 21/87.

Si, por el contrario, consideramos el acogimiento, como hace la mayor parte de la doctrina⁽⁸⁾, como institución independiente de la adopción, y así lo entiende el legislador al configurarlo, desde el preámbulo de la citada Ley, como figura diferente y autónoma de aquélla, ratificado en la propia estructura de la Ley, que las regula en secciones diferentes⁽⁹⁾, dedicando a cada una de ellas normas propias, y, en lo que ahora nos interesa, regulándose por las normas generales de capacidad, podemos llegar a la conclusión de que al sujeto activo del acogimiento no le afectan las limitaciones de edad señaladas legalmente para la adopción, ni inicialmente tampoco las prohibiciones contenidas en el artículo 175, apartados tercero y cuarto del C.C.

(8) GARCÍA CANTERO, en "Notas sobre el acogimiento familiar", *Actualidad Civil*, número 21, mayo 1992, afirma defender "el carácter autónomo del acogimiento", concluyendo que "una cosa son los requisitos legales para la adopción y otra los del acogimiento (el propio legislador no los identifica)".

LA CRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA, en la obra *El nuevo Régimen de la Familia. IV.— Acogimiento y Adopción*. 1989, señalan que "al no haber tampoco, previsión legal sobre capacidad, y no procediendo —por su naturaleza excepcional— la aplicación analógica de las normas de capacidad para adoptar, se requerirá la general capacidad de obrar".

GIL MARTÍNEZ, *obr. cit.*, página 61: "Nada dice el Código acerca de la capacidad de uno y otros. Habrá que remitir a las normas generales del mismo, sin que sirvan las supletorias de la adopción, institución de efectos más profundos y sustanciales...".

(9) En el preámbulo se afirma que "la adopción sólo cabrá, salvo supuestos muy excepcionales, para los menores de edad, y que, como figura previa, se regula el acogimiento familiar con especial detalle". Añadiendo que "la figura posee la sustantividad necesaria para ser digna de incluirse en el Código Civil,...".

Las dos secciones en que se divide el capítulo son:

Sección primera: "De la guarda y acogimiento de menores".

Sección segunda: "De la adopción".

Decimos inicialmente porque si bien es cierto que respecto de los supuestos comprendidos en el número 3 del citado precepto, no hay problemas, y la práctica demuestra, en tal sentido, la posibilidad de acogimiento de un menor por un ascendiente o colateral, en el llamado acogimiento simple o en familia propia, sí puede plantearse algún problema respecto del número cuarto de la citada norma, pues si bien es cierto que, respecto de la adopción, no puede constituirse a favor de dos personas que no estén casadas entre sí o unidas de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, respecto al acogimiento, y, por virtud de la expresión contenida en el artículo 172,3, in fine, del C.C., "... por la persona o personas que lo reciban en acogimiento", a primera vista, podemos afirmar la posibilidad tanto de un acogimiento unipersonal como pluripersonal, y, en este último caso, a plantear la cuestión de si los acogedores deben ser dos personas o pueden ser más. Y, en el primero de estos últimos supuestos, ya que el segundo no nos interesa en el presente estudio ⁽¹⁰⁾, si ambos acogentes deben constituir una pareja heterosexual, casadas o unidas afectivamente, o, por el contrario, ello es intrascendente y pudieran ser acogentes una pareja homosexual, unidos o no por vínculos afectivos, y, de este modo, sí pueden ser acogedores una pareja formada por un varón y un transexual.

En lo que respecta a este último supuesto, y partiendo de la posibilidad del acogimiento pluripersonal, hemos de analizar por separado, dos subtipos de acogimiento ⁽¹¹⁾: temporal o simple y preadoptivo, según vayan dirigidos a situaciones de desamparo en las que parece posible el reintegro futuro a la familia de origen, como alternativa al internamiento en centro, o vaya dirigido a una futura adopción, respectivamente.

En el primer supuesto, y habida cuenta de que, según ya hemos afirmado, el acogimiento no participa de las normas de capacidad y prohibición de la adopción, en principio no hay ningún inconveniente legal en que una pareja formada por varón y transexual puedan ser sujetos activos de aquella institución de protección familiar. No obstante, afirmamos que en un principio ello

(10) Sobre la posibilidad de acogimiento por una pluralidad de acogedores o comunidad de tipo familiar, vid. LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, 1980, página 127.

(11) Que, aunque en la Ley 21/87 no se hable específicamente de los referidos tipos de acogimiento, del preámbulo de la misma se deduce su propia existencia y, de hecho, en algunas Comunidades Autónomas que han dictado normas de desarrollo de la citada ley, se ha distinguido claramente entre ambas. Así, podemos citar:

— CASTILLA-LA MANCHA, Decreto 143/90, de 18 de diciembre; art. 16.

— CASTILLA-LEÓN, Decreto 57/88, de 7 de abril; arts. 21 y ss.

— CATALUÑA, Ley 37/91, de 30 de diciembre; Preámbulo y arts. 10 y ss.

es así porque, desde una perspectiva socioeducativa o psicológica, pueden existir poderosas razones que excluyan tal posibilidad.

En todo caso, será la Comunidad Autónoma, en el ámbito de su respectivo territorio, la que, a través del informe que emita el equipo pluridisciplinar, resuelva en cada caso concreto sobre tal posibilidad. Pero ello excede de la cuestión que, desde una perspectiva meramente legal, estamos analizando. Y, reiterando lo afirmado, podemos concluir con una respuesta afirmativa a la cuestión de acogimiento temporal no dirigido a futura adopción por la referida pareja.

En el segundo de los casos apuntados, a saber, en el acogimiento pre-adoptivo, si bien, inicialmente, se puede afirmar lo mismo que lo mantenido en el apartado anterior respecto al temporal o simple, poderosas razones nos llevan a la conclusión contraria⁽¹²⁾, por entender que si el acogimiento concreto va dirigido a una futura adopción, para que ésta pueda formalizarse en un futuro, sin ningún tipo de traba legal, acogido y acogedores deberán reunir los requisitos del artículo 175 del Código Civil, a los efectos de evitar que la adopción no pueda materializarse al no concurrir en los acogedores (futuros adoptantes), los requisitos que aquel precepto establece para llevar a efecto una adopción conjunta, como pudieran ser el que el varón y el transexual no puedan ser cónyuges entre sí, ni integrar la pareja prevista, a los mismos fines, en la disposición adicional tercera. Provocando, de este modo, una situación provisional abocada a otra definitiva que nunca podría constituirse al carecer los sujetos activos de los requisitos de capacidad necesarios para su formalización.

En conclusión, podemos afirmar que en materia de acogimiento, se impone una visión práctica del tema, que excede de la ciencia jurídica, correspondiendo al Ente público competente la elección de los sujetos acogedores, dependiendo del interés del menor y de la vocación preadoptiva o no de aquel acogimiento en unos términos que puedan permitir el acogimiento simple o sin vocación preadoptiva a la pareja cuyo estudio estamos efectuando y su no posibilidad en el acogimiento preadoptivo por las razones esgrimidas.

(12) LLEBARIA SAMPER, *obr. cit.*, página 127; estima que la posibilidad de la existencia de varios acogedores sobre un mismo menor queda reducida a los compuestos de "una pareja heterosexual, matrimonio o no", dando a continuación las razones en las que se basa.

LA DELINCUENCIA ECONÓMICA. ANÁLISIS DEL FENÓMENO

GONZALO QUINTERO OLIVARES

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

SUMARIO

1. ORÍGENES Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DELINCUENCIA ECONÓMICA.
2. UN CONCEPTO JURÍDICO MÍNIMO DE DELINCUENCIA ECONÓMICA.
3. SOBRE LA “FUNCIONALIDAD” DEL CONCEPTO DE DELINCUENTE ECONÓMICO.
4. ÁMBITO JURÍDICO-POSITIVO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS.
5. LA REFORMULACIÓN DEL DERECHO PENAL PARA LOS DELITOS ECONÓMICOS.
 - 5.1. Penas pecuniarias.
 - 5.2. Penas privativas de derechos.
 - 5.3. Privaciones de derechos a empresas.
 - 5.4. Penas privativas de libertad.

1. ORÍGENES Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DELINCUENCIA ECONÓMICA

En 1940 Edwin H. SUTHERLAND, publicaba un trabajo destinado a ser un hito en los estudios criminológicos, “White Collar Crime” (*American Sociological Review*, 5, 1940). Con él se iniciaban los modernos estudios sobre criminalidad económica, dotando a esta clase de delincuencia de unas características nuevas en relación con las propias de la criminalidad “clásica”. A través de esta clase de criminalidad SUTHERLAND va formulando su teoría de la “asociación diferencial”, que luego continuarían CRESSEY y otros (sobre el tema, vid.: GARCÍA PABLOS, *Manual de Criminología*, 1988, pp. 555 y ss.). Lo esencial de esta teoría, en lo que ahora importa al objeto de estas páginas, es la esencial apreciación de que la delincuencia económica, atendidos el “status” e inteligencia del infractor, no expresa una disfunción o inadaptación del individuo, sino un aprendizaje efectivo de valores criminales. Cuando transpongamos estas ideas al lenguaje actual podremos hablar de cultura del “triunfo rápido”, o expresiones incluso más plásticas. El presupuesto lógico, según el citado criminólogo norteamericano, es que en la sociedad existen grupos o asociaciones estructuradas consciente o inconscientemente en torno a intereses y objetivos o metas. El proyecto común une a los individuos. Alguno de esos grupos, inevitablemente antepondrá sus fines a los valores que otros defienden mayoritariamente. Que una agrupación de esa especie se pueda producir entre individuos diversamente situados en la organización social nada tiene de extraño; el fenómeno de la separación del valor mayoritario no depende en modo alguno de la posición social entendida en el sentido tradicional “clásica”. Lo que transforma a una persona en delincuente, según este análisis es, entre otras cosas, que las relaciones o modelos favorables a la violación de la ley superen a los desfavorables.

La cita de las ideas de SUTHERLAND la tomo de partida para llamar la atención sobre la importancia de no utilizar sistemáticamente modelos explicativos del delito apoyados en los primitivos análisis del positivismo italiano o del correccionalismo español. Eso no quiere decir que reconozca al citado autor una originalidad indiscutible. El afán de imitación o emulación con los triunfadores sociales fue señalado ya como causa del delito por los representantes de la Escuela de Lyon —en especial, Gabriel TARDE en su *Philosophie pénale* (1890)—, que por lo mismo mantuvieron dura controversia con

los Ferri, Garofalo y seguidores. Mas sea como fuere lo cierto es que los estudios profundos sobre criminalidad económica arrancan en la literatura científica anglosajona, y, especialmente, norteamericana, quizá tal vez por prioridad en el conocimiento de las características que puede ir revistiendo la criminalidad en las llamadas sociedades capitalistas, o tal vez por la importancia concedida a los estudios de sociología jurídica.

En materia de criminalidad económica carece totalmente de sentido sostener que el delito es expresión de un conflicto entre clase dominante y clase trabajadora, siendo los procesos de criminalización expresión de las contradicciones del sistema capitalista. Eso no es cierto, y es fácil comprobar que la diatriba de la Criminología crítica (TAYLOR, YOUNG, WALTON, y otros) contra la llamada Criminología liberal es tan desacertada como cualquier análisis marxista radical, aunque la afirmación más preocupante sostenida por este grupo de escritores es que los delitos económicos, por ser propios de los “poderosos” no se criminalizan ni persiguen, a diferencia de lo que sucede con los delitos convencionales: el Derecho penal es un instrumento de dominación, que no está organizado para luchar contra la criminalidad, sino para decidir a quién se le cuelga la etiqueta de criminal. El grado en que estas ideas sean más o menos irracionalmente compartidas por la opinión general es cosa que no podemos saber sin la oportuna investigación sociológica. Pero indudablemente existe una “imagen diferenciada”, que un Estado social y democrático de Derecho ha de procurar evitar.

Ciertamente, los designados como “delincuentes económicos” no ofrecen ninguna de las características habituales del delincuente común, pues en relación con ellos carece de sentido hablar de cualquiera de los rasgos habitualmente tomados como definitorios de la personalidad criminal (inadaptación, pobreza, incultura, abandono familiar o carencia de familia, enfermedades mentales desconocidas, etc.). Al contrario, podría decirse, incluso, que se trata de personas con un grado de integración normal, o quizá particularmente bueno, en la vida social, con independencia de que los “costos materiales” de esa integración puedan estar en el origen motivacional de su conducta. El delincuente económico es, siempre en estos análisis, alguien que puede aparecer, hasta que es detenido, incluso como un triunfador en los negocios y en sus relaciones públicas.

Sin perjuicio de respetar la valiosa aportación de los criminólogos contemporáneos, conviene decir que el concepto de delincuente económico no es tan nuevo como pueda parecer. Con el título precisamente de *El delito económico*

aparece un libro de Laschi a principios de siglo, en donde, con el lenguaje propio de la época, y el muy inferior volumen de relaciones económicas o mercantiles de aquel entonces, describe en esencia un tipo humano análogo al criminal del “cuello blanco”, que los criminólogos italianos de los años 20 bautizan como delincuente “in ganti gialli”, esto es, de guantes amarillos, para referirse a los guantes de gamuza con que se completaba el atuendo de los caballeros elegantes.

En todo caso, y desde el principio, flota la idea de que este tipo de delincuente es diferente, pero no sólo por la clase de delitos que puede cometer, sino porque su personalidad no se parece en nada a la del delincuente común o “tradicional”. Pero además de la antes citada crítica de un sector de la Criminología científica, aparece un problema esencialmente jurídico que desde siempre ha acompañado al estudio de esta clase de delincuencia: todo lo dicho para el delincuente común en materia de imputabilidad, culpabilidad, peligrosidad, función y fundamento de la pena, fin de ésta, etc., ha de ser revisado porque los presupuestos humanos en que se apoya esa configuración del Derecho penal carecen de validez o de sentido al afrontar la delincuencia económica. El delincuente económico no es un ser marginal, ni atávico, ni falto de inserción social, ni ignorante, y, por lo mismo, todo lo que se pueda sostener de las reacciones penales apoyándose en esa imagen previa —por ejemplo, la casi totalidad de las características de los tratamientos penitenciarios— decae o queda sin sentido cuando se predicán frente a esa clase de sujetos. Y es así porque a poco que repasemos las categorías esenciales de la teoría del delito en cuanto al juicio de la persona (imputabilidad, posibilidad de conocimiento del injusto, exigibilidad de conducta, capacidad para actuar de otra manera) es fácil notar que se conciben sobre el presupuesto, muchas veces no confesado, de que estamos ante un sujeto “diferente” por muchas razones.

La cuestión, o la preocupación, no es nueva. Ya el precursor de la Criminología, César Lombroso, llegó a denunciarla al fin de su vida. Efectivamente, siendo anciano fue requerido para informar en su condición de médico forense sobre las personalidades de los acusados en el fraudulento crac de la Banca de Roma acaecido hacia 1908, y no tuvo otro remedio que declarar que todos ellos eran sujetos perfectamente normales y carentes de cualquiera de las características antropológicas o psíquicas del delincuente, que él mismo había descrito desde la aparición de “L'uomo delinquente”.

2. UN CONCEPTO JURÍDICO MÍNIMO DE DELINCUENCIA ECONÓMICA

Aun reconociendo y reteniendo las peculiares características socio-criminológicas de esta clase de delincuencia —características sobre las que tendremos que regresar una y otra vez—, es preciso, obligado, y posible, trazar un perfil o concepto de lo que debe entenderse por delincuente económico. Una primera definición, de escasa utilidad criminológica y político criminal, consistiría en tener como tales a los que cometen delitos legalmente considerados como “económicos”. Y sería de poca utilidad ante todo porque no existe, en el estado actual de nuestra legislación al menos, una clara precisión de cuáles son los delitos que deben tener esa condición, como después veremos, toda vez que las fronteras, si ha de haberlas, con los delitos patrimoniales son a veces muy imprecisas. Pero, además, la sola naturaleza de la tipicidad realizada puede no ser suficiente para determinar el “tipo humano” de delincuente económico, que se ha de caracterizar por datos de índole más sociológica. Cualquier ciudadano, por ejemplo, puede cometer un delito fiscal o un fraude de subvenciones, delitos que sin duda se consideran como “económicos”; pero quizá eso no bastaría para entender que criminológicamente estamos ante un “delincuente económico”. Este concepto, en cuanto objeto de problema, viene mejor dado con otra caracterización:

— El delincuente económico busca el aprovechamiento personal a través de las fisuras que pueda ofrecer el mercado, comprensivo de relaciones mercantiles, financieras, societarias, o quebrando las reglas de éste. Su primera característica viene pues dada por el marco de actuación en que se mueve.

— El daño patrimonial causado a otras personas o a la comunidad o al Estado aparece como fruto de la conducta anterior. Si quisiéramos establecer analogías las podríamos encontrar con la estructura del delito culposos: éste no es sólo la producción de un daño a personas o cosas, sino que ese daño ha de ser además consecuencia de la infracción de unas normas de cuidado establecidas precisamente para evitarlo. El delito económico, por lo tanto, no es sólo la producción de un daño patrimonial por un sujeto que actúa en el mundo financiero o empresarial, sino la causación de ese daño mediante la violación de las normas o usos que regulan esa actividad. Una apropiación indebida “común” —en la que indudablemente el autor viola deberes establecidos por

el derecho privado— se diferencia de un delito societario por un administrador, por ejemplo —y según lo describe el PrCP 1992— precisamente por ese distinto ámbito normativo o de obligaciones que se establece.

— Ese ámbito normativo tiene un sentido, que es el que a su vez colorea a la delincuencia económica misma. Se trata de reglas establecidas para preservar el normal funcionamiento del mercado y de las relaciones microeconómicas (financieras, societarias, de competencia, etc.). Por lo tanto, hay que dejar de lado cualquier pretensión de definir el delito económico como aquel que atenta contra el “orden económico” o el sistema “económico”, pues esas expresiones, así utilizadas, resultan carentes de sentido. Las grandes cuestiones de la economía no pueden venir afectadas por actuaciones individuales, pero, lo que es realmente importante, escapan claramente a la capacidad de actuación o de control del Derecho penal, e incluso a cualquier pretensión de “dominación” a través de normas jurídicas.

3. SOBRE LA “FUNCIONALIDAD” DEL CONCEPTO DE DELINCUENTE ECONÓMICO

Los aspectos problemáticos del concepto de delincuente económico no acaban con las dificultades hasta ahora señaladas en orden al establecimiento de una delimitación de ese concepto. Al margen de las cuestiones referentes a los perfiles criminológicos y a los presupuestos jurídico-positivos que fijan el ámbito de actuación de esa delincuencia, que son de indudable importancia, aparecen otros que afectan, según algunos, a la base misma que permite declarar la sustancial injusticia de su comportamiento. Me estoy refiriendo a lo que técnicamente será designado como “antijuricidad material”. Por supuesto, nadie duda de que es materialmente injusto que una persona arruine a otros a través de una jugada de bolsa, por ejemplo, o que les despoje de sus ahorros ofreciendo inversiones maravillosas. Y ciertamente, cuando esas cosas se producen al hilo de un plan delictivo diseñado y preciso no hay problema alguno en precisar el origen del injusto y sus perfiles, y, con ello, el fundamento de la reacción punitiva. Pero ya decía QUINTANO RIPOLLÉS, en su *Tratado*, y al ocuparse de las características criminológicas de esta clase de delincuencia, cuestión que abordaba como previa a otras consideraciones, que en ocasiones la diferencia entre un delincuente económico y un empresario genial residía exclusivamente en la suerte. Ésta, a modo de éxito en una especulación

de cualquier clase, podía conducir a dejar un reguero de personas con sed de justicia o con agradecimiento infinito por los beneficios obtenidos. Sin duda el Derecho penal no puede premiar al aventurero con una patente de corso que le permita circular libremente por la vida financiera en la convicción de que existe una verosímil posibilidad de triunfo en sus actividades, ni tampoco puede dejar de reaccionar ante el fiasco. Pero no puede ser “totalmente” indiferente a ese factor suerte o desgracia, pues si lo es recupera, indirectamente la responsabilidad por el resultado u objetiva, lo que sucedería si la pena se aplicara a un sujeto que sustancialmente había hecho exactamente lo mismo que el triunfador, pero sin fortuna. Esta contingencia la examinaré después, pero ciertamente no caeré en la ingenuidad de decir que el Derecho penal se tiene que abstener de actuar, aunque sin duda ha de medir bien el fundamento humano y material de su intervención, pues así lo exige el principio de “ultima ratio”.

Acabo de hacer mención al riesgo de recuperación de la responsabilidad objetiva. Me explicaré. Esto sucedería si el Derecho penal asumiera, en materia de delincuencia económica, una especie de máxima del siguiente tenor: “delito será lo que mal acabe”. Pongamos un ejemplo sencillo: un administrador desleal dispone de información privilegiada sobre el propósito de su empresa de adquirir las acciones de otra, y, aprovechándose de ese conocimiento, procede a adquirirlas él mismo a través de un testaferro, para así realizar un negocio ganando la diferencia entre el precio por el que comprará y el precio por el que venderá. Eso sería un delito de uso de información privilegiada, según el PrCP; pero supongamos que la empresa, a la que debía lealtad, decide después no comprar esas acciones porque el precio ha dejado de interesarles al haber aumentado, ¿diremos por eso que no ha habido conducta delictiva?, o bien, la empresa compra, el administrador desleal hace sus negocios, pero al día siguiente una tercera empresa les ofrece un precio dos veces superior por esas mismas acciones. Parecería que se podría decir que la cosa acabó con bien para todos. Y de nuevo viene la pregunta ¿acaso no hubo actuación delictiva, aunque fuera difuminada por la buena fortuna posterior? El instinto jurídico nos inclina a rechazar que la existencia de un delito pueda depender de un golpe de fortuna que diluya la significación de una conducta, y nos lleva a exigir una valoración de las cosas “ex ante”, puesto que “ex post” pueden resultar de otro modo y si fundamos la reacción penal en el resultado final quizá no nos acerquemos a la responsabilidad por el resultado, pero lo que con toda seguridad haremos será, además de hacer depender la pena de factores aleatorios, despreciar enteramente el contenido del desvalor de acción, y no se olvide

que, por ese camino, se podría llegar a sostener que la tentativa no ha de castigarse porque, a la postre, no ha pasado nada. Si un sujeto, y sigo con los ejemplos, vende un inmueble que aún no le pertenece y con ese dinero se lo compra por precio menor al dueño real, ganando la diferencia, pero dejando al dueño convencido de que ha hecho una operación estupenda, el Derecho penal se encontrará con que quien simplemente es el autor de una estafa inmobiliaria, cuyo perjuicio sería ciertamente difícil de precisar, es “socialmente” un tipo muy hábil.

Nos encontramos pues ante un dilema que la vida diaria muestra fácilmente, y es que QUINTANO tenía razón al referirse al factor suerte como elemento caracterizador, aunque no siempre, por supuesto, de alguno de estos delitos. ¿Acaso eso desautoriza la actuación del Derecho penal, o la torna injusta o discriminatoria? No lo creo, al igual que quien conduce un coche de modo imprudente y, por eso mismo, mata a una persona, no puede defenderse diciendo que otros corrían tanto como él pero tuvieron la suerte de que no se cruzó ningún peatón. Por lo mismo, quien “circula por el sistema económico o financiero” produciendo riesgos para los intereses de otras personas⁽¹⁾ ha de asumir la eventual responsabilidad criminal en la que puede incurrir, y al decir “eventual” señalo, de pasada, a la actitud subjetiva que, en términos de dolo, puede adoptar el sujeto en estos casos. Así pues, el escrúpulo, o abierta crítica, que en ocasiones se oye en relación con esta materia ha de ser rechazado por lo que tendría de incongruente incluso con otras estructuras de responsabilidad penal.

Queda no obstante una pregunta por contestar: ¿por qué el Derecho penal no ha de actuar cuando “todo concluye felizmente” a pesar de que el autor haya violado las normas de comportamiento propias de la actividad económica de que se trate? La respuesta creo que es evidente: al margen de las dificultades de persecución que en la práctica se darían, pues costaría encontrar al perjudicado denunciante, y sin entrar en qué otras normas jurídicas no penales

(1) A propósito de esas “otras personas” conviene hacer alguna precisión en torno a las ideas de “riesgo” y “consentimiento” —con cierto paralelismo con lo que sucede en la determinación de los límites del injusto en la imprudencia—. Si alguien, por ejemplo, opta por invertir en una operación fantástica, que ofrece ganancias que “nunca” el mercado normal podría dar, siendo por tanto casi inimaginable su viabilidad, pero prefiere eso, es evidente que asume el riesgo de confiar en un aventurero, y, por lo mismo, se reduce la necesidad de la reacción penal, como sucede en otros casos de consentimiento. Por supuesto, eso no ha de confundirse con aquellos casos en que se perjudica económicamente a un grupo o masa a través de mecanismos del mercado o bien aprovechándose de su buena fe o ignorancia o, simplemente, de su situación de necesidad (caso, p.e., de los negocios bancarios abusivos, en los que el consentimiento nada tiene una limitada relevancia).

puedan actuar, el Derecho penal se ha de quedar al margen en nombre del principio de “ultima ratio”, a pesar de que el “desvalor de acción” ya se haya producido, lo cual es algo que sucede en relación con otros bienes jurídicos diferentes del orden socioeconómico, salvo aquellos casos en los que el legislador decide “adelantar la protección” estableciendo delitos de peligro. Que en esta clase de delitos la actuación punitiva solamente se produzca no ya cuando se perfeccione el desvalor de resultado, sino cuando el perjuicio “material” sea visible, no ha de ser, en sí mismo, motivo de asombro o lamento, puesto que es una manera habitual de producirse en la práctica el principio de intervención mínima en cuanto a “persecución” (que es cosa distinta de la presencia legal formal), y, además, no es un fenómeno privativo de la delincuencia económica, sino que en términos generales se puede apreciar una clara diferencia de volumen entre las conductas “típicas y antijurídicas” y las que efectivamente lleguen a ser perseguidas como delitos.

4. ÁMBITO JURÍDICO-POSITIVO DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

Parece obligado, en un trabajo sobre problemas de la delincuencia económica, indicar quiénes son los sujetos que pertenecen a esa categoría. Bien es verdad que he señalado los rasgos que, a mi modo de ver, componen los rasgos principales del concepto, pero eso será un dato por ahora de sociología criminal. Si el Derecho penal debe disponer alguna regla especial, tendrá necesariamente que acotar cuáles son los títulos jurídicos que arrastran la consideración ulterior de delitos económicos. El PrCP de 1992 ofrece un Título muy amplio rubricado como “delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico”. Es una indicación importante, pero evidentemente adolece de precisión desde el momento en que reúne a lo “patrimonial” con lo “económico”, siendo misión del intérprete conferir uno u otro carácter a la infracción que se estudia. De los diferentes criterios utilizados para hacer esa distinción quizá el menos complejo consiste en tener por infracción patrimonial la que incide sobre bienes jurídicos prioritariamente de personas individuales, reservando la calificación de delito económico para el que rompe las reglas del mercado, la competencia y el orden financiero-societario (además de causar perjuicio).

Bien es verdad que en un comentario como éste, que está dedicado a destacar ciertos problemas de la delincuencia económica, especialmente en relación con la clase de tratamiento penal o penitenciario que le haya de ser

adecuado, no parece imprescindible entrar en disquisiciones sobre cuáles son los delitos económicos en el Código penal —advierto, de paso, que también hay o puede haber delitos económicos en Leyes penales especiales— pero lo cierto es que es inevitable por una razón que resumo:

Quizá sea porque quien esto escribe es ante todo penalista, y no criminólogo, pero lo cierto es que desde la óptica de un sistema apoyado en el principio de legalidad de penas, medidas y sistema de ejecución, no resulta ni posible ni imaginable que el Juez o la propia ley establezca reacciones alternativas discrecionales, ajenas al principio de taxatividad, para el caso de que se estime que un determinado sujeto ha cometido un delito económico. Si se llega a la conclusión, por análisis criminológico y político-criminal, de que esta especie de delincuencia precisa de reacciones adecuadas a sus particulares características, el Derecho penal deberá transformar ese dato en norma positiva. A buen seguro el criminólogo realiza su estudio prescindiendo de cuáles hayan de ser las consecuencias para el Derecho positivo; es más, ni siquiera tiene que partir de éste. Pero antes o después habrá que afrontar la inexcusable realidad: si hay que arbitrar sistemas de reacciones alternativas habrá que señalar los delitos en los que es posible aplicarlas. Por ejemplo: un Código puede establecer la medida de suspensión de actividades empresariales o de prohibición del derecho a constituir sociedades anónimas; pero tendrá que especificar cuáles son las infracciones que permiten la imposición de esas medidas. Lo que sin duda es inviable es que el Juez lo decida en nombre del “perfil criminológico del hecho o de su autor”.

Como después explicaré, en la literatura penal se ha llegado a defender —y no digo que sea totalmente sin razón— la eficacia de la pena corta de prisión para esta clase de delincuencia, cuando esa pena se cuestiona en términos generales. Imaginemos por un momento que la Ley aceptara esa tesis. Indudablemente tendría que escoger cuáles son los delitos en los que la pena corta de prisión no es sustituible, o bien optar por autorizar al Juez para que no la sustituya si estima que el delito es de carácter económico, lo cual sería una segura fuente de arbitrariedades o desigualdades.

Por lo tanto, pues, el delito económico podrá tener cuantas configuraciones socio-criminológicas se estimen adecuadas, pero además deberá tener un ámbito legal preciso en el sistema penal positivo ⁽²⁾.

(2) En relación con el ámbito jurídico-positivo relevante para los delitos económicos es muy importante tener en cuenta que, de acuerdo con lo indicado en la configuración del concepto, se parte siempre de la existencia de un sistema de reglas que configuran el presupuesto u

5. LA REFORMULACIÓN DEL DERECHO PENAL PARA LOS DELITOS ECONÓMICOS

En modo alguno es una cuestión nueva la de que ciertas materias ofrecen tal cúmulo de aristas que resulta muy difícil someterlas a los principios “normales” del Derecho penal, o de la teoría jurídica del delito. Se ha criticado doctrinalmente, incluso, la supuesta abdicación del Derecho penal, traducida en la renuncia a sus garantías fundamentales, cuando se trata de ciertos problemas, citándose al respecto los casos del terrorismo y el narcotráfico, pues para ambos grupos de delincuencia se plantean soluciones que escapan de las reglas ordinarias, aunque no siempre sean excepciones para “empeorar” (basta pensar en la eficacia que se concede al arrepentimiento eficaz). Por lo tanto, que al parecer haya ámbitos “excepcionales” en el Derecho penal moderno no es en modo alguno un “descubrimiento”. Y en este contexto se suscita el problema que interesa: ¿compone, o ha de componer, la delincuencia económica, un ámbito también especial? Veamos qué respuesta cabe.

Los defensores, muchos, de la conveniencia de que toda la materia penal económica se trate en leyes penales especiales, es decir, fuera del Código penal común, se apoyan precisamente en esa especialidad. Pero estimo que hay dos maneras de hablar de especialidades:

A) Especialidades materiales, que son las dimanantes de la propia naturaleza del objeto de regulación. Es verdad que la complejidad técnica de muchas de las cuestiones tratadas (vid. nota 2) hace que el Derecho penal tenga que ser subsidiario o complementario de otras leyes, ya que los conceptos usados por la ley penal son en su totalidad de carácter normativo y, además, particularmente complejos. Por ello, según algunos, sería conveniente que todo tuviera un tratamiento conjunto de manera tal que las infracciones criminales fueran la parte represiva penal de aquellas leyes especiales.

(...) orden del mercado o la actividad económica o financiera. Por ese motivo, junto al Derecho penal, hay que considerar la legislación no penal, privada (mercantil, societaria, concursal) y administrativa (tributaria, propiedad industrial, mercado, consumidores, publicidad, ordenación bancaria, mercado de valores). Todas esas normas jurídicas actúan, además de como configuradores de una determinada ordenación de relaciones, como sistema preventivo, quedando, o debiendo quedar, reservado el derecho penal para la actuación ulterior sancionadora, siempre con sujeción a los principios de intervención mínima —es decir, cuando no sea posible resolver los conflictos con normas no penales o éstas se muestren ineficaces o insuficientes—, y de protección fragmentaria, esto es, actuando sólo frente a los ataques más graves.

B) Especialidades en materia de responsabilidad y pena.

Éstas pasan ya a un ámbito mucho más delicado que el anterior, el cual, en el fondo, es esencialmente un problema técnico aunque tenga también ciertas facetas político-criminales.

El sistema penal, y volvemos de nuevo a lo que se tiene por “tradicional”, está esencialmente concebido sobre la idea de responsabilidad individual (la persona física es la autora del delito) y de pena que, en una concepción retribucionista, salda la cuenta con el sujeto aislado o bien, en las concepciones que persiguen fines reeducadores o resocializadores, aplica un tratamiento (penitenciario) al sujeto.

Pero cuando afrontamos el problema de la delincuencia económica resulta que en muchas ocasiones la “materialidad humana” de la actuación delictiva ha estado en manos de un grupo, siendo pocas las veces en que se puede atribuir a un individuo aislado. El viejo problema de la capacidad penal de las personas jurídicas surge aquí con particular fuerza. Por lo mismo, las soluciones legales para la imputación del hecho o la responsabilidad penal a persona concreta, en la línea del vigente art. 15 bis CP, exigen un constante perfeccionamiento. Mas aunque éste se alcance, llegará a un punto en el que inevitablemente tendrá que ser revisada la idea de que la pena y la medida solamente pueden imponerse a individuos y no a personas jurídicas, pues resultará necesario político-criminalmente disponer de medios de represión contra las Sociedades cuando precisamente haya que considerar a éstas como elemento generador o envolvente del delito.

La imposición de la pena al delincuente económico “persona física” presenta otras dificultades, o provoca discusiones, variando según la clase de pena de que se trate (pecuniarias, privativas de derechos, privativas de libertad):

5.1. Penas pecuniarias

Conocidas son las críticas tradicionales a la pena de multa. De ella se dice que trata de manera desigual a pobres y a ricos, siendo, por lo tanto, la más discriminada de las reacciones penales. Ello no obstante, en la doctrina europea se considera a la multa como una pena “con gran futuro” en el camino de la sustitución de las penas cortas de prisión. Naturalmente, ello exige una revisión profunda del modo de estructurarse legalmente esta clase de pena, a fin de obviar en lo posible las críticas mentadas. La proporción entre la multa y las posibilidades económicas del sujeto; la relación entre la multa y la entidad

del mal causado; los modos de cumplimiento de la obligación impuesta por la multa, así como las soluciones subsidiarias en caso de voluntario incumplimiento, se sitúan en esta línea de actuación, lo que se refleja, con mayor o menor acierto en el PrCP de 1992⁽³⁾.

Pero todo ello no evita una crítica reiterada en materia de delitos económicos, que se puede extender a delitos medioambientales y urbanísticos: que el costo de la multa puede ser computado como gasto necesario en la ejecución de la actuación ilícita, perdiendo en tal caso su carácter disuasorio o contramotivador del delito. Y lo cierto es que se ha comprobado en la práctica que algo de eso ocurre, especialmente en materia de violación de la disciplina urbanística por constructores, materia que todavía hoy pertenece solamente al ámbito del Derecho administrativo. Y la crítica podría continuar con el problema general de la dificultad de cumplimiento de las sentencias administrativas, en especial cuando ordenan demoliciones totales o parciales de edificios. Pero, volviendo al tema que nos ocupaba, se ha de rechazar la tentación de descalificar la utilidad de la pena de multa en cuanto que se relaciona con personas o grupos de capacidad económica superior a la generalidad.

Las multas actualmente fijadas en el Código penal pueden ser acusadas de excesivo “igualitarismo” aun cuando el art. 63 CP indica que los Tribunales habrán de tener en cuenta “el caudal o facultades del culpable”, pero eso es siempre dentro del marco de pena legalmente determinado, cosa que se ha hecho al margen de las posibilidades económicas del autor concreto. En la medida en que el PrCP propone un sistema de mayor adecuación a la capacidad económica de cada sujeto, esa crítica podrá ser obviada. Pero lo que no es posible es establecer multas, sea cual sea el método, que “de facto” acaben resultando confiscatorias, pues incurrirían en inconstitucionalidad. *En relación con la delincuencia económica, por lo tanto, es particularmente importante revisar el sistema de determinación de la cuantía de la multa, pero no hay razón para desechar la utilidad de esta clase de pena en relación con algunas infracciones.*

(3) Como es sabido el PrCP incorpora el sistema de “días, semanas, y meses multa”, cuya característica principal es, además de marcar tal pauta de cálculo y ritmo de pago, la búsqueda de una relación entre los ingresos o capacidad económica del condenado y la pena impuesta. Ello no obstante, como es lógico, se fija un límite máximo de multa imponible (cfr. art. 46 PrCP). También se dispone (art. 48) que “excepcionalmente la multa será proporcional al daño causado, al valor de los efectos objeto del delito, o al beneficio reportado, *en los supuestos expresamente previstos en este Código*”. Precisamente uno de esos pocos casos es el de la conversión de bienes procedentes de delitos (art. 309 PrCP), cuya multa se dispone como del “... tanto al triplo del valor de los bienes”. Una de las cuestiones más debatidas en torno a la actual regulación de la pena de multa es la de la “voluntariedad” del pago de la misma.

5.2. Penas privativas de derechos

Con las *penas privativas de derechos* en relación con la delincuencia económica los problemas son de otra naturaleza. Pero quiero adelantar que, a mi modo de ver, *las privaciones de derechos imponibles a personas físicas, como penas, o personas jurídicas, como consecuencias accesorias del delito, son las reacciones penales que ofrecen la mayor utilidad o eficacia en la lucha contra esta clase de delincuencia*. Se debe, no obstante, realizar algunas precisiones sobre la razón de ser de esta afirmación, para, posteriormente, diferenciar la función “ad intra” del mundo financiero o “ad extra”, frente a la ciudadanía, que han de tener estas sanciones.

Cuando señalaba las características socio-jurídicas de la delincuencia económica decía que, al igual que sucede con la imprudencia, el delincuente económico no agrede al patrimonio de otros directa o subrepticamente, sino utilizando mecanismos del mercado en el que está participando o interviniendo. Esos mecanismos son de interés general, y precisamente en eso reside la diferencia conceptual entre los delitos económicos y los meros delitos patrimoniales (al margen, lógicamente, de que el respeto a la propiedad ajena sea también de interés general). Partiendo de esta consideración, la reacción punitiva se tiene que orientar, por claras razones de prevención general y especial, a la preservación futura del buen funcionamiento de las relaciones económico-financieras impidiendo a personas o grupos su participación en ellas en cuanto hayan demostrado su falta de respeto a las reglas de conducta que se han de observar. El camino para alcanzar ese objetivo es la imposición de penas de inhabilitación que versen sobre la condición o clase de actividad empresarial que el sujeto estuviera utilizando para la comisión del hecho.

La realización práctica de estas ideas no es tan sencilla como pudiera parecer. Dejando a un lado el Código penal vigente, en el que prácticamente no hay delitos económicos, podemos apreciar en el Proyecto de Código penal cómo las penas de inhabilitación para la profesión aparecen expresamente señaladas para los administradores de hecho o de derecho de las Sociedades que hayan cometido delitos societarios, que son distintas especies de deslealtades. Se trata por tanto de penas principales acumuladas a las otras que se puedan imponer por esos hechos, que claramente tienen una significación “interior” para la vida de las empresas o grupos financieros, al margen de que, como es lógico, concurra la afección de bienes jurídicos de interés general, ya que, de no ser así, no se explicaría la intervención del Derecho penal, bienes jurídicos que se resumen en la necesidad de que esas personas jurídicas funcionen sin

ser perturbadas desde dentro, tanto por el interés de sus socios como por el de terceros, en el convencimiento de que su actuación es buena y conveniente para la sociedad como protagonistas que son de la actividad económica.

Pero los delitos societarios o financieros no agotan el campo de los delitos económicos. Como mínimo se pueden añadir a este grupo, tal y como repetidamente he ido indicando, los delitos relativos al mercado y a los consumidores —competencia desleal, maquinaciones, fraudes, publicidad mendaz—, los que atañen a la propiedad industrial, las insolvencias fraudulentas cuando desbordan el ámbito del pequeño comercio, la utilización o conversión de dinero procedente de actividades delictivas, los delitos fiscales, el contrabando entre ellos, etc. De todos ellos se ocupa el PrCP o leyes penales especiales (caso de contrabando). Pero no se utiliza la pena de inhabilitación como principal entre las imponibles al autor del hecho, aunque naturalmente tendrá el carácter de accesoria que le corresponda acompañando a la pena principal señalada al delito. La sola lectura del Título XII del PrCP puede poner de manifiesto lo que se acaba de afirmar. Y es eso precisamente lo que merece la siguiente reflexión:

En la Política criminal actual, al menos en España, las penas privativas de derechos continúan teniendo una función, finalidad y contenidos vetustos, por no decir desorientados, y, en todo caso, pacatos o poco imaginativos, siendo así que cuando, como ahora sucede, se quieren encontrar remedios útiles en la lucha contra la delincuencia evitando en lo posible el recurso a la privación de libertad, las privaciones de derechos ofrecen ventajas que no han sido debidamente valoradas, quizá por el temor a que puedan ser tomadas como reacciones “poco enérgicas”. Sucede así algo parecido a lo que ocurre en el ámbito de los delitos relativos a la función pública, salvando ciertas distancias. En éstos, como es sabido, las inhabilitaciones aparecen siempre como penas principales expresamente impuestas al autor del hecho, incluso, en muchos casos, no se señala pena privativa de libertad, lo que aumenta la significación de esa sanción que, en esencia, supone la pérdida temporal o definitiva de la carrera o empleo público. Pues bien, en la discusión del PrCP algún sector parlamentario ha manifestado la conveniencia de que los delitos cometidos en el ámbito de la función pública lleven aparejada “siempre” pena privativa de libertad, por estimar que la pérdida del empleo público es una consecuencia demasiado benigna. Olvidan, los que eso dicen, que esa consecuencia será, a la postre, la única o la que más sufrirá el funcionario, además de ser la que tiene mayor fundamento desde el punto de vista de las necesidades de prevención. *En los delitos económicos creo también que, aun admitiendo que no siempre*

estamos en condiciones de prescindir de la pena pecuniaria o de la privación de libertad —las razones que se aducen en defensa de esta última nos llevarían a otros ámbitos polémicos, que incluyen criterios “comparativos” supuestamente celosos de la equidad— *las prohibiciones de reanudar actividades mercantiles o empresariales, personalmente o como socio de otro, durante tiempos determinados, así como las más concretas (contrataciones, subvenciones, fundación o constitución de sociedades anónimas, licencias de actividades industriales o mercantiles, etc.) son seguramente las armas más eficaces en la prevención de este tipo de comportamientos*, y las críticas que consideran esas reacciones como “blandas” son injustas, *cuando no jurídicamente atávicas*, aunque debemos advertir que el campo de las inhabilitaciones empresariales o de derechos económicos está todavía falto de un desarrollo o perfeccionamiento; pero lo primero es conferirle un protagonismo que hoy aún no tiene.

5.3. Privaciones de derechos a empresas.

Las inhabilitaciones en relación con personas jurídicas plantean problemas de diferente clase. Admitido que las inhabilitaciones o privaciones de derechos ofrecen un recurso de notoria eficacia en la represión de la delincuencia económica, resurge el mismo problema que hemos planteado antes: en el ámbito de los malos comportamientos económicos o financieros es frecuente, por no decir que mayoritaria, la presencia de personas jurídicas en el protagonismo de los hechos. No se trata de discutir cómo se puede realizar la “imputación del hecho a una persona física”, pues eso sería tarea del actual art. 15 bis o precepto similar que le sustituya, ni tampoco de establecer la responsabilidad de los administradores en lo penal o en lo mercantil, *sino de asumir la necesidad de establecer en las leyes penales medidas de sanción que afecten a la persona jurídica en sí misma considerada*.

Inmediatamente surge la vieja cuestión de la incapacidad penal de las personas jurídicas. Éstas no pueden ser ni “autoras” ni, por lo mismo, “condenadas” a una pena, que sólo se concibe para sujetos físicos. Al menos ésa es la tesis tradicional. Pero actualmente parece llegada la hora de revelarse contra las consecuencias de la idea de “ficción del derecho” con la que se ha calificado a la persona jurídica, admitir que la “personalidad” societaria ha de ser reconocida para lo bueno —reunión de capacidades individuales en empresas que sólo conjuntamente pueden llevarse a cabo— y para lo malo, suspendiendo, limitando o cancelando la actividad empresarial misma, cuando esa actividad haya sido delictiva. A tal fin, el PrCP, bajo la denominación de “consecuencias

accesorias”, dispone una serie de medidas, que no llevan pues ni el nombre de penas ni el de medidas de seguridad, que tienen como objeto precisamente bloquear temporalmente o definitivamente la actividad de una empresa. Curiosamente, en las discusiones hasta ahora habidas en torno al PrCP apenas se ha prestado atención a estas reglas que, a mi modo de ver, están llamadas a cumplir importantes misiones en el futuro, si llegan a ser Ley. Únicamente puede objetarse que, como es lógico, el PrCP advierte que estas consecuencias solamente pueden acordarse en los casos expresamente previstos en el Código, y, dentro del ámbito de los delitos económicos esos casos son pocos (blanqueo de dinero, conversión de bienes). Pero creo que ésa es una objeción de orden menor, pues lo importante es abrir un camino de reacciones que hasta ahora estaba excesivamente bloqueado.

5.4. Penas privativas de libertad.

El debate sobre la utilidad de las penas privativas de libertad en relación con la delincuencia económica es, sin duda, el que tiene aspectos más ásperos y contradictorios, reproduciendo en parte la “cuestión diferencial” entre la delincuencia económica y la delincuencia común o tradicional. Las particularidades del tipo de delincuencia que nos ocupa reaparecen, y también aquí resurgen los deseos de renunciar a los principios que, en términos generales se defienden como útiles o convenientes en lo político-criminal.

Por supuesto, no me estoy refiriendo a las ya comentadas dificultades técnicas para imputar a una persona física los actos externos de una persona jurídica. Una vez que se haya realizado esa operación jurídica, si es que es precisa, pues en otros casos el delito económico será cometido por persona física sin relación con sociedades o empresas, nos situaremos en el punto problemático al que me quiero referir: la imposición de una pena privativa de libertad por el delito económico cometido. Ello no revestirá problema —al menos, problemas particulares— cuando se trate de penas de larga duración, pero sí cuando se haya de imponer una pena de corta duración.

Como es sabido, desde hace tiempo la ciencia penal europea, así como los Códigos más modernos, han tomado una posición contraria a la aplicación efectiva de penas privativas de libertad de corta duración. De ellas se dice que sus defectos e inconvenientes superan ampliamente a las hipotéticas utilidades que pueda tener. En el fondo lo que sucede es que las penas privativas de libertad, en términos generales, no han alcanzado los ideales que en su nacimiento pretendieron —camino de reinserción, etc., cumpliendo funciones de prevención—,

sino que la contaminación penitenciaria produce más riesgo de profesionalización en la delincuencia, además de que el ideal de reinserción, tras la estigmatización penitenciaria, se muestra aún más alejado. Es cierto que en relación con los delitos graves las necesidades de prevención especial obligan a disponer la privación de libertad, pues el aseguramiento de las condiciones mínimas de convivencia así lo imponen. Pero cuando esa inexcusable necesidad decae, porque la gravedad, en términos de “peligrosidad del sujeto”, también decrece, y la pena imponible es de las consideradas “cortas”, se plantea y, en muchas legislaciones, se acepta que en lo posible se evite su ejecución efectiva, toda vez que su sustitución por reacciones no privativas de libertad brinda la posibilidad de ofrecer al sujeto una oportunidad de rehabilitación mucho más verosímil que la “reeducación” en la cárcel. No concurriendo claras necesidades de prevención que obliguen a privar de libertad, la sustitución de la pena de prisión por otras, eventualmente acompañada de unas normas de conducta, ofrece una perspectiva de recuperación mucho mayor que una corta estancia en prisión. Naturalmente, la sustitución de las penas cortas de prisión se propugna para sujetos en los que, además de la menor gravedad del delito cometido, concurren otras circunstancias. Así, por ejemplo, el art. 88 del PrCP, dispone la sustitución de las penas de prisión que no excedan de dos años (por multas o arrestos de fin de semana), a los delincuentes “no habituales”, atendidas las circunstancias personales del reo, su conducta —p.e., el esfuerzo para reparar el daño causado—, y la naturaleza del hecho.

Lo que acabo de exponer expresa en esencia el estado de opinión dominante en torno al problema de las penas cortas y la sustitución de las mismas (figura que no debe confundirse con la condena condicional), opinión que es unánime en sostener que la privación de libertad de corta duración es perjudicial y se ha de evitar en lo posible. Pero esa unanimidad desaparece cuando se trata de la delincuencia económica, pues un sector de penalistas entiende que la pena corta de prisión es particularmente adecuada en la represión de esta clase de delincuencia. Veamos las razones, y si son atendibles, adelantando mi postura contraria a los argumentos que se aducen:

El debate parte del conocido hecho de que el delincuente económico no es un individuo precisado de “resocialización”. Al contrario, suele disfrutar de un buen grado de integración social. A renglón seguido se señala que el rechazo a las penas cortas de prisión obedece a que se consideran perjudiciales o contraproducentes para el ideal de recuperación del sujeto, y que, por eso mismo, conviene evitarlas en lo posible, a cuyo fin se disponen en los Códigos reglas

de sustitución de la pena corta. Pero el discurso se abandona cuando se arriba a la delincuencia económica, ya que a esta clase de delincuencia “no le impresionan” ni la pena pecuniaria ni la pena privativa de derechos, siendo la privación de libertad la única amenaza que puede contramotivar al eventual delincuente. El argumento de los inconvenientes para la resocialización decae ante su evidente superfluidad en delincuentes que no tienen esos problemas. Por lo tanto, y así culmina el razonamiento, la renuncia a la pena privativa de libertad de corta duración ha de postularse para toda la delincuencia con la excepción de los delincuentes económicos.

A la delincuencia económica agrega JESCHECK la de tráfico automovilístico. Para ambas indica que se puede aplicar la pena corta, que ofrece grandes virtudes, sin preocupación por los temidos efectos disocializadores. Esta opinión está bastante extendida. Y exige tomar postura respecto a ella. Desde luego estoy de acuerdo con VIVES en que *no sería conveniente que la Ley dispusiera sin excepción la sustitución automática* pues en tal caso sería mejor no hablar de sustitución, sino de supresión legal de esa clase o de esa medida de penas. *La sustitución de la pena corta ha de ser sin duda una facultad conferida a los Tribunales*, los cuales podrán otorgarla, como indica el PrCP, en atención a las circunstancias del hecho y del autor. Por lo tanto, no hay ninguna razón “a priori” para sostener que a la delincuencia económica se le ha de sustituir “siempre” la pena corta, pero tampoco existe motivo alguno para decir que no se le ha de sustituir “nunca”, pues ambas hipótesis son incompatibles con lo que se estima como una facultad. Es cierto que no existe el temor de la disocialización o el contagio penitenciario. Pero también es cierto que el delincuente económico puede haber tenido un buen comportamiento postdelictual, o que el delito cometido no haya suscitado la suficiente alarma como para explicar la aparición de sentimientos de necesidad de prevención. Lo que resulta en todo caso atávico, cuando no demagógico, es regresar a cantar las virtudes de la represión por sí misma en nombre de una función “intimidatoria” de la pena. Indudablemente esa función la tiene todo el Derecho penal, pero la ejecuta cuando no hay otro remedio. Y si la delincuencia económica puede ser atacada con penas diferentes de la privación de libertad —eso es posible y hace falta sólo un poco de imaginación— no es admisible una reivindicación de la pura represión, escindiendo el derecho penal entre una manera de actuar y de justificarse, para la delincuencia clásica, y otra para la delincuencia económica, en la cual se renunciaría a la bondad de los principios o ideales sostenidos antes vigorosamente.

Así pues, no es admisible un planteamiento que apriorísticamente cierra la puerta de la sustitución de la pena corta a la delincuencia económica. Es más, todo este debate pone de manifiesto un preocupante estado de cosas. Mientras que se sostiene firmemente que la privación de libertad es un remedio tosco e insatisfactorio, del que en ocasiones no se puede prescindir (especialmente en los casos de ataques a los más importantes derechos de la persona, como la vida, la integridad, la libertad, la libertad sexual), pues razones de privación hacen inevitable acudir a ella (la repetida “amarga necesidad”), de pronto rebrota la tentación de renunciar al progresivo refinamiento del Derecho penal en favor de la creencia en las virtudes de la represión. Y eso ha de rechazarse. La pena corta debe evitarse siempre que sea aconsejable o posible, ya sea el delito cometido “clásico” o de carácter económico.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRESUPUESTO Y FIN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA^(*)

MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA

DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR TITULAR INTERINO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
- II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.
- III. INSTRUMENTACIÓN TÉCNICA O REALIZACIÓN MATERIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
 - 3.1. La interpretación.
 - 3.2. Los recursos.
 - 3.3. La participación.

(*) Ponencia presentada al 3^{er} Congreso de la *International Association of legal methodology* (Marruecos, septiembre de 1992).

- 3.4. Hacia una armonía de la dialéctica Administración conformadora y derechos fundamentales.

IV. A MODO DE EJEMPLO: ALGUNOS CASOS CONCRETOS.

- 4.1. Control administrativo en relación con la libertad religiosa.
 4.2. La inviolabilidad del domicilio.
 4.3. Los límites en las relaciones de sujeción especial.

V. RECAPITULACIÓN FINAL.

ABREVIATURAS

AA	Actualidad Administrativa.
Art.	Artículo.
CE	Constitución española de 1978.
LJ	Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo.
LRBRL	Ley reguladora de las Bases de régimen local.
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.
PJ	Poder Judicial (Revista).
RAP	Revista de Administración Pública.
RCAP	Revista Canaria de Administración Pública.
REALA	Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
S	Sentencia.
T	Tomo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo.
Vol	Volumen.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Estado social y democrático de Derecho se caracteriza, como es sabido, por la acción interventora de las Administraciones públicas para conformar la realidad social de acuerdo con determinados postulados⁽¹⁾. Para ello el poder público y, señaladamente, la Administración, asume un papel protagonista que implica la extensión de sus “tentáculos” sobre esferas en las que antes no intervenía, y la intensificación de su intervención. La consecuencia inmediata de esta circunstancia es la concentración de grandes cotas de poder que interfieren en la vida y derechos de los ciudadanos, justamente, para satisfacer sus necesidades y dignificar, en la medida de lo posible, sus vidas (cfr. artículo 10,1 CE). Pero es evidente que esa intensificación y amplitud de los poderes o potestades administrativas, otorgada por el Ordenamiento para que la Administración desarrolle su papel conformador, debe ajustarse rigurosamente a la Ley y al Derecho —artículo 103,1 CE⁽²⁾. El ajuste o sometimiento al Derecho es una de las señas de identidad de un Estado que se califica de Derecho. La otra es, significativamente, la *garantía y la realización material* de los derechos fundamentales y las libertades públicas⁽³⁾. Y es aquí donde resulta obligado trazar una línea divisoria, nítida y esclarecedora, para que la acción administrativa no se convierta en una excusa para el socavamiento de los derechos fundamentales⁽⁴⁾. Es, entonces, aquí donde el equilibrio o armonía

(1) Vid. L. PAREJO AFONSO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid 1983, *in totum*.

El artículo 9.2 CE es un claro exponente del modelo que estableció el constituyente al establecer que: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Sobre el concepto de Estado social, vid. las interesantes observaciones de M.S. GIANNINI, *El Poder Público. Estado y Administraciones Públicas* (traducc. L. ORTEGA), Madrid 1991, pp. 113 y ss.

(2) Se utiliza la expresión *Ley y Derecho* en el precepto constitucional para significar que no todo el Derecho como parámetro de control está encerrado en las Leyes (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, 4ª ed., 1983, pág. 61).

(3) Cfr. R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo 1/1*, Madrid, 8ª ed., 1983, pág. 43; F. LÓPEZ-NIETO, *La Administración Pública en España*, Barcelona 1989, pp. 192 y ss.; y R. GARCÍA MACHO, “En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”, en *REDA*, núm. 64, 1989, pág. 522.

(4) Vid. F. GARRIDO FALLA, “Constitución y Administración”, en *REDA*, núm. 20, 1979, pág. 5, quien afirma con motivo de la aprobación de la Constitución y sus importantes consecuencias, que: “*Tales modificaciones afectan al doble (...) papel que las constituciones modernas asignan al Estado de nuestros días: respetuoso garante de las libertades individuales*”.

poder público-garantías de los particulares juega un papel determinante; porque es en esa confrontación donde el Estado social y democrático de Derecho se juega, sin hipérboles, su ser o no ser.

La dialéctica Estado social-esfera propia e infranqueable de los ciudadanos puede, obviamente, ser interpretada o entendida desde muy diferentes puntos de vista. Todos ellos son, qué duda cabe, tan respetables como legítimos. Pero al margen de estas argumentaciones, y circunscribiéndonos al plano estrictamente técnico-jurídico, hay que afirmar sin titubeos que el funcionamiento de los pesos y contrapesos que dan cuerpo a las relaciones que se sostienen entre el poder público y los ciudadanos son, en puridad, la única garantía para que éstos, la parte normalmente más desvalida, no se encuentren en una situación de abierta y dramática inferioridad frente a las inmunidades administrativas, que con tanto arraigo han proliferado en etapas anteriores, y que un cambio de régimen político o una aprobación de Leyes no logra, en ocasiones, expulsar del tráfico jurídico-administrativo ⁽⁵⁾.

Constatadas históricamente las lagunas que en orden a la Justicia produjo el Estado liberal ⁽⁶⁾, se alzó el Estado social de Derecho, en el que se estableció una Administración con “misión conformadora”, en expresión de LÓPEZ-NIETO ⁽⁷⁾, la cual tuvo que fortalecer su aparato logístico para intervenir positivamente en la realidad social y prestar una serie de servicios que se estimaban necesarios para el *adecuado equilibrio entre la libertad y la igualdad*. Esta intervención tiene en nuestro Ordenamiento jurídico un respaldo constitucional de primer orden (artículos 1.1, 9.2, 10.1 ó 14, entre otros), pero resulta claro que en todo caso debe encuadrarse en un marco en el cual el ciudadano es “per se” un ser autónomo, responsable de sí mismo y portador de intereses propios que no necesita la tutela alienante y perturbadora de los poderes públicos. Esto es, intervención administrativa no puede implicar debilitamiento de los derechos fundamentales. La intervención administrativa no puede ser, pues, un “Caballo de Troya” que esconda, consciente o inconscientemente,

(...) y obligado prestador de los servicios públicos destinados a promover una efectiva y real igualdad (...). El Estado debe ser ahora —y no debe engañarnos la aparente paradoja— más abstencionista que antes (al proclamarse de forma categórica los derechos inviolables de la persona, que constituye un límite infranqueable a su actuación (...)).”

(5) Cfr. J.M.^a FERNÁNDEZ PASTRANA, “Una sorprendente ampliación de los privilegios de la Administración invocando el principio de igualdad”, en REDA, núm. 69, 1991, pp. 92 y ss.

(6) Vid. J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, *El Régimen Constitucional Español I*, Madrid 1984, pp. 313 y ss.

(7) *La Administración Pública en...*, op. cit., pág. 184.

una reducción de la operatividad de los derechos y libertades constitucionales. Esta aseveración debe ser subrayada en un ambiente envolvente en el cual el ciudadano parece estar confuso. Así, la gran cantidad de datos que sobre la vida y el patrimonio acumula la Administración⁽⁸⁾, el perfeccionamiento del Fisco y sus técnicas de control —todas ellas, por supuesto, muy loables en orden a la solidaridad—, o, en fin, la relativa esquizofrenia competencial que a veces se detecta en un Estado que, como el español, tiene una organización territorial e institucional joven, compuesta y, sobre todo, compleja, que produce también en ocasiones una confusión en el profano sobre la Administración que debe tutelar sus derechos o recibir sus quejas, hace que la posición de ese ciudadano no sea tan halagüeña como una lectura aséptica de los textos legales pudiera hacer creer. Es cierto que en los últimos tiempos el avance en materia de derechos y libertades ha sido colosal. Sin embargo, no es menos verdad que los grandes valores, principios, institutos o derechos sancionados por la Constitución deben, de verdad, ser operativos. Y esa operatividad sólo se consigue con un depurador ajuste de técnicas jurídicas que permitan articular coherente y armónicamente postulados constitucionales y realidad social. Por eso, los derechos fundamentales son, o por lo menos deben ser, el presupuesto y el fin de toda acción u omisión de la Administración pública. Y, paralelamente, deben constituirse como el bastión inquebrantable de los ciudadanos frente a los posibles excesos de la Administración pública. Para ello el único camino posible es la *tecnificación*⁽⁹⁾ realista y, si se quiere, prosaica, de tales derechos y libertades. Porque una vez asumida la “poesía”, sugerente y embriagadora, de las declaraciones programáticas, de los valores y de los principios que *decoran* muy bien el edificio del Ordenamiento jurídico “por fuera”, hay que amueblar y decorar el edificio “por dentro”, ya que lo que va a proporcionar “habitabilidad” a éste es la segunda operación, y no la primera. De poco valdría una declaración genérica de reconocimiento de derechos si luego no se respetan o no se instrumentan los mecanismos técnicos para su efectividad.

(8) Véase, J.M^a ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, “El derecho a la intimidad personal, la libre difusión de la información y el control del Estado sobre los Bancos de datos”, en *AA*, núm. 37, 1991, pp. 457-465.

(9) La tecnificación como exigencia de la operatividad práctica de las normas e instituciones es una demostración de la madurez del sistema. Juristas tan relevantes como FORSTHOFF han abogado resueltamente por esta vía para dar efectividad a los postulados constitucionales (cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA en *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid 1984, pp. 48 y 49).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Como ha dicho ARA PINILLA, *“la indagación de las naturalezas jurídicas de las diferentes instituciones que configuran el mundo del Derecho constituye una de las más frecuentes (...) operaciones que realizan los juristas”* ⁽¹⁰⁾. Y es que ésta es una de las vías que mejor sirve para conocer o tratar de conocer el núcleo duro, singular y propio de cualquier instituto jurídico. Por esta razón esbozar, aunque sea esquemáticamente, la naturaleza de los derechos fundamentales y libertades públicas se configura como una tarea de primera magnitud para averiguar cuál es el auténtico substrato de los mismos en el Ordenamiento español.

Y en esta materia es imprescindible tener en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional, el cual, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución (artículo 1 LOTC), ha tenido la oportunidad de pronunciarse en un buen número de ocasiones. De estos pronunciamientos se puede colegir cómo para el Alto Tribunal los derechos fundamentales operan desde una doble perspectiva en el Ordenamiento español: Por una parte, son auténticos derechos subjetivos ⁽¹¹⁾ y, por otra, son un elemento objetivo del Ordenamiento ⁽¹²⁾.

Como derechos públicos subjetivos ⁽¹³⁾ que son vinculan a todos los poderes públicos, expresión que engloba tanto al Legislativo como al Ejecutivo y judicial ⁽¹⁴⁾. Además, tienen eficacia inmediata. Lo que implica que no

(10) *Las transformaciones de los Derechos Humanos*, Madrid 1990, pág. 20.

(11) F. DE CASTRO (*Derecho Civil de España*, tomo 1, Madrid 1949 —ed. facsímil, Madrid 1984—, pág. 572) decía que el derecho subjetivo “es la situación del poder concreto concedido a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa”. Para el caso problemático de la igualdad vid. J.M^a BAÑO LEÓN, “La igualdad como derecho público subjetivo”, en *RAP*, núm. 114, 1987, pp. 179 y ss.

(12) Cfr. A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español I*, Madrid, 2^a ed., 1988, pág. 218.

(13) Que, por otro lado, no tienen un carácter absoluto (STC de 12 de diciembre de 1986). Vid. sobre el carácter de derechos públicos subjetivos las SSTC 3/1981, de 2 de febrero; 21/1981, de 15 de junio; ó 16/1982, de 28 de abril.

(14) Como ya señala GARCÍA DE ENTERRÍA (*Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid 1989, pág. 41): “El constituyente intentó reaccionar contra una concepción puramente retórica de los derechos fundamentales y diseñó un cuadro de derechos fundamentales eficaces por sí mismos, sin perjuicio de que el ejercicio de muchos de ellos, no de todos, deba ser desarrollado, y así lo prevé la propia Constitución (...)”.

necesitan un ulterior desarrollo legislativo para su invocación y aplicación directa (artículo 53 CE) ⁽¹⁵⁾.

El Tribunal Constitucional ha declarado, asimismo, que son “*elementos objetivos del Ordenamiento Jurídico*”, y “*componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de sus ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política*” (sentencia del 11 de abril de 1985).

Como se observa, son afirmaciones rotundas e ilustrativas del principal papel que tienen dentro del conjunto del Ordenamiento jurídico. Se trata nada menos que de “*componentes estructurales básicos*”, que constituyen “*la esencia misma del régimen constitucional*” (sentencia de 21 de febrero de 1986) ⁽¹⁶⁾. Lo que deja clara su relevante posición y su fuerte protección frente a vulneraciones o posibles reformas constitucionales ⁽¹⁷⁾.

III. INSTRUMENTACIÓN TÉCNICA O REALIZACIÓN MATERIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se ha puesto de relieve, el constituyente español de 1978 no diseñó una tabla de derechos y libertades meramente retórica o programática. La Constitución, y muy especialmente su *parte dogmática*, tiene en sí misma la fuerza

(15) Debe advertirse que el carácter de derechos públicos subjetivos no interfiere su operatividad en las relaciones entre particulares (En esta materia véase la monografía de J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid 1986).

(16) F. GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho Administrativo. vol. II. Parte General: Conclusiones*, Madrid, 8ª ed., 1987, pág. 161) estima que: “*La fuente de estos derechos está en la propia dignidad de la persona humana y no son un producto del ordenamiento jurídico. Precisamente la toma de postura de una determinada Constitución con respecto a este tema capital servirá de criterio definitivo para calificar el modelo de Estado frente al cual nos encontramos: Democrático-Liberal o Autocrático-Autoritario*”.

(17) En la sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución española están regulados los “derechos fundamentales y las libertades públicas” (artículos 15 a 29), y, según el artículo 53 de la citada Carta Magna, vinculan a todos los poderes públicos, y sólo por ley podrá regularse su ejercicio; ley que deberá ser orgánica (artículo 81,1 CE). Además, obtienen la tutela ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (vid. Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y Disposición Transitoria segunda, punto 2, de la LOTC), y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La reforma constitucional que afecte a tales derechos y libertades tiene que seguir unos cauces más rígidos (artículo 168 CE).

suficiente para que la efectividad de los mencionados derechos y libertades no sean una quimera o un proyecto, sino una realidad. Sin embargo, es claro que la Carta Magna, aunque sea directamente aplicable⁽¹⁸⁾, tiene que ser complementada o, si se quiere, *asistida*, en esta capital labor. Es en este contexto en el cual procede pergeñar algunos instrumentos técnicos que permitan la *realización material* de los derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de esbozar algunos cauces a través de los cuales los derechos y libertades desplieguen todas sus potencialidades y conduzcan a una situación respetuosa con los mismos, a la par que eficaz en orden a lograr los fines que justifican la actividad administrativa (artículo 106,1 CE) en el seno de un Estado social y democrático de Derecho⁽¹⁹⁾.

3.1. La interpretación.

Todos los juristas saben, bien por conocimiento empírico, bien por análisis teórico, que la interpretación de las normas jurídicas tiene una importancia fundamental en la aplicación del Derecho. La interpretación, y muy especialmente la que hacen determinados “operadores jurídicos”, como los jueces y magistrados, es de tal relieve que se ha llegado a decir que la doctrina jurisprudencial “se adhiere a las normas como una segunda piel, limitando o ampliando su sentido, en todo caso concretándolo y modificándolo, de tal forma que las normas no dicen lo que dice su texto, sino lo que los Tribunales dicen que dicen” (SANTAMARÍA PASTOR)⁽²⁰⁾. Por consiguiente, la averiguación del sentido y alcance de las normas reguladoras de los derechos fundamentales y las libertades públicas se erige como una labor de extrema importancia para materializar los derechos fundamentales. Evidentemente, la interpretación no sólo se circunscribe a la que realizan jueces y magistrados. También la que efectúa la Administración tiene repercusiones trascendentes en la esfera de derechos e intereses de los particulares. Pero sin duda la más determinante, la que tiene más “auctoritas” e influye de manera más intensa en la

(18) En esta materia resulta fundamental la lectura del libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 3ª ed., 1985, in totum. Vid., también, F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo. vol. I. Parte General*, Madrid, 10ª ed., 1987, pp. 186-192, y el análisis riguroso de J.A. SANTAMARÍA PASTOR en *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid 1988, pp. 431-508.

(19) J. RODRÍGUEZ ARANA, “Los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho y el Derecho Administrativo Constitucional”, en AA, núm. 35, 1988, pp. 2.052-2.055.

(20) Cit. por R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid, 2ª ed., 1990, pág. 81.

conciencia jurídica general es la que hacen los jueces y Tribunales ⁽²¹⁾. De forma que las incoherencias, desviaciones de poder o vulneraciones que pueda cometer la Administración en esta fundamental materia de los derechos constitucionales son o pueden ser corregidas por el Poder Judicial (artículo 106,1 CE), con la correspondiente impugnación del acto, acuerdo o resolución administrativa. En este sentido, la labor hermenéutica de los jueces debe estar fuertemente condicionada por el papel preeminente que los derechos fundamentales tienen en el Ordenamiento español, auténticos pilares de todo el sistema. Ello es así porque, como ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de septiembre de 1985, la tarea interpretativa se encuentra *vinculada* al Ordenamiento jurídico en cuanto sistema normativo estructurado por la Constitución ⁽²²⁾. Y en la Constitución española las libertades públicas se configuran como un “*elemento central de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento Jurídico*” ⁽²³⁾. Lo que implica que las normas deben ser interpretadas del modo que resulten más favorables para hacer posible y real el ejercicio de los derechos fundamentales ⁽²⁴⁾.

3.2. Los recursos.

Si es el Poder Judicial el garante principal de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la siguiente cuestión que se impone es la de dilucidar cómo se accede a dicho Poder. O, dicho en otros términos, cómo se obtiene

(21) Sobre la posición del juez en el proceso de reconstrucción del Derecho, vid. mi trabajo, “La posición del juez en la aplicación del Derecho”, en el libro colectivo *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Association internationale de méthodologie juridique, Bruxelles 1990, pp. 75-88.

(22) Así el artículo 5,1 LOPJ establece que: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

La vinculación de la labor hermenéutica a la Constitución es lo que ha permitido, por ejemplo, extraer nuevas virtualidades del artículo 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al Tribunal Supremo en materia de medidas cautelares aplicables en el contencioso-administrativo (vid. el importante Auto de 20 de diciembre de 1990, Ponente D. FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO. También es destacable el Auto de 17 de enero de 1991, Ponente D. FRANCISCO DELGADO BARRIO). Véase, asimismo, sobre esta nueva e importante tendencia, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general” en *REDA*, núm. 69, 1991, pp. 65-83, y “La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la “apariencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad”, *REDA*, núm. 70, 1991, pp. 255-267.

(23) Cfr. J. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, “Interpretación de las normas y libertades públicas”, en el libro colectivo *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, cit., pág. 367.

(24) J. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, “Interpretación de las normas y...”, cit., pág. 373.

la tutela judicial de los referidos derechos y libertades. Y, como resulta obvio, la vía idónea y típica para el acceso a los Tribunales no es otra que la interposición de los correspondientes recursos que el sistema procesal articula en orden a la defensa y salvaguardia del Derecho sustantivo.

No es éste el lugar para el análisis pormenorizado y sistemático de los recursos que pueden interponerse contra las probables vulneraciones de los derechos y libertades constitucionales. Basta significar la necesaria depuración técnica de los recursos para que el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido y garantizado por el artículo 24,1 de la Constitución española, no quede obstaculizado cuando el particular se enfrenta con la Administración Pública ⁽²⁵⁾, así como significar también la posibilidad de formular el recurso acogiéndose a lo dispuesto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona ⁽²⁶⁾, o el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53,2 CE).

Creo que es muy razonable mantener la duda sobre la verdadera operatividad o sentido práctico de los recursos administrativos como auténticos instrumentos de garantía de los derechos y libertades constitucionales. Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ hace ya tiempo que se han pronunciado sobre la necesidad de una *revisión de raíz del sistema de recursos en vigor* ⁽²⁷⁾, pues, en puridad, no se trata de una garantía objetiva e imparcial. Es más, contradice diáfamanamente el básico principio según el cual nadie puede ser juez en su propia causa, y por lo que se refiere al argumento que se suele dar para el mantenimiento del actual sistema, y que

(25) Sobre la necesaria reconsideración del papel del contencioso-administrativo como instrumento para garantizar derechos y libertades, vid. mi estudio, firmado junto con RODRÍGUEZ ARANA, "El contencioso-administrativo como elemento garantizador de los derechos fundamentales", escrito para su publicación en el libro en honor al Profesor D. J. GONZÁLEZ PÉREZ.

(26) Esta Ley ha sido calificada como un hito en la historia del proceso contencioso-administrativo, y, según la doctrina más autorizada, es un punto de referencia muy importante para avanzar en la justicia administrativa. Vid. J. SALAS HERNÁNDEZ y J. TORNOS MAS, "Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona", en *RAP*, núm. 93, 1980, pp. 29-65; A. CANO MATA, "La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de alguna de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria", en *RAP*, núm. 98, 1982, pp. 47-77; J.A. CAINZOS FERNÁNDEZ, "Balance de los diez primeros años de existencia del recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales", en *AA*, núm. 44, 1988, pp. 2.589-2.615; J.J. GONZÁLEZ RIVAS, "La protección constitucional de los Derechos Fundamentales en la vía judicial contencioso-administrativa y el recurso de amparo constitucional", en *AA*, núm. 42, 1988, pp. 2.465-2.482, y A. RODRÍGUEZ GARCÍA, "El procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales", en *PJ* (núm. especial), pp. 9-23.

(27) *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 2ª ed., 1981, pp. 440 y 441.

dice que es preciso conferir a la Administración una oportunidad para reconsiderar sus decisiones, sólo es aceptable si no se perturba y confunde al ciudadano con un sistema innecesariamente enrevesado, habida cuenta que las diferencias de régimen en lo concerniente a plazos para interponer recursos, silencios, etc., son “absurdas”⁽²⁸⁾, y no suponen ningún beneficio para la justicia administrativa, que, al fin y al cabo, es el único horizonte que tiene o debe tener cualquier recurso para servir fielmente al principio de tutela judicial efectiva⁽²⁹⁾.

3.3. La participación⁽³⁰⁾.

Afirma FONT I LLOVET que “el ordenamiento constitucional tiende a promover una estructuración general de la sociedad y del Estado como cuerpos “participados” o “participativos””⁽³¹⁾. Y esto no es sino la consecuencia de la superación del modelo de Estado liberal y el subsiguiente alzamiento del Estado social de Derecho, en el cual, hay una fuerte interpretación del Estado y la sociedad⁽³²⁾. Por ello, la intervención administrativa no puede definirse como una acción independiente o ajena a los ciudadanos. No puede cubrir las necesidades colectivas por imposición del mismo modo, si se me permite elegir un ejemplo algo elemental, que una madre obliga a su hijo a comer para cubrir sus necesidades básicas. El Estado social y democrático de Derecho es un tipo de Estado que parte —y esto no es retórica más o menos fácil—, de ciudadanos libres y responsables, que, por tanto, son capaces de dilucidar lo que quieren hacer con sus derechos, dentro de ciertos límites impuestos, justamente, para el desarrollo efectivo de los derechos y libertades de los demás (cfr. artículo 10,1 CE). Lo que en el plano concreto se traduce en la articulación de las vías

(28) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob. cit., pág. 440.

El Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso. Serie A de 4 de marzo de 1992) aporta una esperanzadora novedad en la materia: *unifica los recursos ordinarios*. Se sigue de esta forma el criterio propugnado por la doctrina científica, y el ejemplo del Derecho Comparado.

El Proyecto establece un solo posible recurso para agotar la vía administrativa, bien sea el ordinario, regulado en el propio Proyecto, bien el sustitutivo que, en el ámbito de la legislación sectorial, pueda establecerse (artículos 105 y ss. del Proyecto) con relación a ámbitos administrativos sectoriales concretos.

(29) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 2ª ed., 1989, in totum.

(30) Vid. por todos, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid 1980.

(31) “Algunas funciones de la idea de participación”, en REDA, núm. 45, 1985, pág. 46.

(32) Cfr. L. PAREJO ALFONSO, “La participación en el Estado social”, en RCAP, núm. 1, 1989, pp. 31 y ss. Y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 3ª ed., 1991, pp. 82-93.

que permitan la participación en una serie de actuaciones o/y decisiones administrativas. Aquí se impone, lógicamente, una inserción de la idea participativa, tan atractiva y sugerente en principio, en el contexto institucional de la Administración Pública. Porque el estatuto de la Administración hace de la misma, como ha destacado PAREJO ALFONSO ⁽³³⁾, “*un aparato instrumental jerarquizado burocrático y ajeno (en su funcionamiento interno) a la lógica democrática*”. “*Es más —sigue nuestro autor—, un aparato que esta última lógica, en el contexto del orden constitucional general, requiere que se organice y funcione así*”, toda vez que los principios de eficacia y economía no permiten que toda decisión o actuación administrativa esté penetrada de la idea participativa. Pretender que toda actuación administrativa esté influenciada por tal idea sería sencillamente absurdo, sobre todo en una Administración moderna que tiene que desempeñar múltiples y complejas tareas, y que, por tanto, no puede perderse en el debate permanente sobre temas, por lo demás, bastante prosaicos, claros o cotidianos. Entonces, la participación debe proceder en una serie de supuestos que no obstaculicen o perturben el funcionamiento eficaz de la Administración, y que, al mismo tiempo, permita un mejor desarrollo de los derechos fundamentales. Lo que sin duda contribuirá al robustecimiento de la legitimación de la intervención administrativa.

En el ámbito estricto de los derechos fundamentales, la idea participativa se muestra con mayor nitidez en el artículo 23,1 CE (“*Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos...*”), en el artículo 27,5 (“*Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados...*”). Por su parte, el artículo 105 a) del Texto Fundamental admite una cierta participación, en la elaboración de disposiciones administrativas, de cierta importancia, por los efectos que la norma que se aprueba puede tener en los derechos e intereses de los individuos y organizaciones. Participación que puede proporcionar una tutela jurídica de derechos y libertades menos traumática que la del clásico recurso. Aunque en ésta como en otras materias hay que tener muy presente los inconvenientes ⁽³⁴⁾, como la pérdida de eficacia administrativa o las estrategias de los grupos implicados o seudoimplicados, no siempre confesables o tan altruistas como una visión ideal e ingenua pudiera hacer creer.

(33) “La participación en...”, loc. cit., pág. 40.

(34) L. PAREJO ALFONSO, “La participación en...”, loc. cit., pp. 41-43.

3.4. Hacia una armonía de la dialéctica Administración conformadora y derechos fundamentales.

La plasmación material de los derechos fundamentales y las libertades públicas no pueden pasar de un Estado que se califica de social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE) sino por ese horizonte despejado de nubarrones que es la armonía entre intervención administrativa y derechos y libertades constitucionalmente garantizadas; armonía que es más imperiosa si se repara en que la actividad de las Administraciones Públicas tiene que tener su “guía”, precisamente, en esos mismos derechos y libertades. Se trata de mantener un equilibrio, una articulación coherente entre poderes o potestades administrativas y esfera infranqueable del ciudadano. Hay un peligro evidente, y no pequeño, en desvirtuar esa “guía”, y convertir la misma en un pretexto para desconocer a esos pilares del Ordenamiento que son los derechos fundamentales. El peligro está en una tradición arraigada de prerrogativas inmunes, en la propia naturaleza del poder —tendente a desligarse de cualquier atadura o control—, o en la utilización de conceptos tan encomiables como la eficacia para encubrir otros propósitos. A veces nuevos disfraces ocultan una vieja y conocida realidad ⁽³⁵⁾. Por tanto, la lucha por mantener un equilibrio entre intervención administrativa y operatividad práctica de los derechos fundamentales no debe darse por terminada por el simple hecho de consignar en un texto legal un elenco de derechos. La sociedad civil, el ciudadano, no puede bajar la guardia ni confiar en la benignidad de un poder que, en ocasiones, se muestra bastardo bajo ropajes estéticamente perfectos. He aquí, justamente, la gran labor del Derecho Administrativo ⁽³⁶⁾: procurar ese ideal equilibrio entre poder y derechos del ciudadano.

IV. A MODO DE EJEMPLO: ALGUNOS CASOS CONCRETOS

4.1. Control administrativo en relación con la libertad religiosa.

La libertad religiosa es un derecho fundamental reconocido y garantizado

(35) J. SUAY RINCÓN (“Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo”, conferencia pronunciada el día 31 de enero de 1992 dentro de los actos organizados por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria para celebrar la festividad de San Raimundo de Peñafort —mecanografiada—, pp. 13 y ss.) afirma sobre esta materia: *“Llegados al presente, y ensalzado como merece el momento constitucional, no cabe detenerse. Los logros alcanzados no deben hacer bajar la guardia. Continuamente, el Poder (o su forma personificada, la Administración, que es con la que los ciudadanos se relacionan) trata de escapar de las técnicas de control que con tanta dificultad cuesta implantar, busca otro disfraz y adopta nuevas formas...”*.

(36) J. SUAY RINCÓN, cit., pp. 1 y 2.

en el artículo 16 de la Carta Magna española. Su titularidad corresponde tanto a los ciudadanos como a las comunidades de personas que, asociadas establemente, persiguen objetivos de carácter religioso ⁽³⁷⁾. La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, ha venido a regularizar este derecho, y lo ha puesto en relación con el derecho de reunión y de asociación ⁽³⁸⁾. Así, reconoce el derecho de reunión y manifestación religiosa (artículo 2), con la única limitación que supone el mantenimiento del orden público (artículo 16,1 CE) ⁽³⁹⁾, lo que implica una cierta intervención de la autoridad administrativa para evitar perturbaciones, algaradas o cualquier conflicto que pueda soliviantar la “paz pública”. Y, por otro lado, esta Ley prevé un régimen específico en virtud del cual el Estado reconoce la naturaleza religiosa de una asociación, dotándola de personalidad jurídica, una vez que se examina y comprueba que el grupo o asociación de personas es de verdad una confesión religiosa, y se inscribe como tal en el registro público correspondiente (artículo 5,1). Y es aquí donde entra el control de la Administración Pública ⁽⁴⁰⁾. Un control, por lo demás, necesario para evitar que adquieran personalidad jurídica, y la protección que las normas sectoriales religiosas otorgan, a simples grupos o grupúsculos cuya naturaleza religiosa es aparente o fraudulenta. Lo que comporta, como dice LEGUINA VILLA ⁽⁴¹⁾, que el control que ejerce la Administración y, concretamente, el Ministerio de Justicia, deba ser *antes de la inscripción* y no pueda quedarse en lo meramente adjetivo o formal ⁽⁴²⁾, sino que debe ir un poco más allá, es decir, debe profundizar en el auténtico substrato de esa asociación y determinar si es, en realidad, una asociación de naturaleza religiosa. Para ello, los datos *sustantivos* que deben determinarse son los siguientes: 1º) Un credo propio y diferente a otros (artículos 2,2 y 3,2 de la Ley; 2º) Un culto específico, con sus ritos, liturgia..., y 3º) Una organización estable, con su estructura propia,

(37) J. LEGUINA VILLA, “Dos cuestiones en torno a la libertad religiosa: Control administrativo y concepto de notorio arraigo”, en *REDA*, núm. 44, 1984, pág. 683.

(38) Cfr. A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español I*, ob. cit., pág. 257.

(39) Concepto éste que, lógicamente, debe insertarse en el marco constitucional y no debe implicar una cláusula abierta, indeterminada e insegura que sirva de cobertura para cualquier intervención de la policía de seguridad. Vid. en este sentido, J. BARCELONA LLOP, “Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad (A partir de la sentencia del TEDH sobre el “caso Malone”)”, en *RAP*, núm. 112, pp. 62 y ss., y bibliografía allí citada.

(40) El artículo 5,2 de la referida Ley dispone: “La inscripción se practicará en virtud de solicitud, acompañada de documento fehaciente en el que conste su fundación o establecimiento en España, expresión de sus fines religiosos, denominación y demás datos de identificación, régimen de funcionamiento y órganos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación”.

(41) “Dos cuestiones en torno...”, loc. cit., pág. 686.

(42) El artículo 3 del Real Decreto de 9 de enero de 1981 exige una serie de documentos y datos para la inscripción registral.

jerarquías, normas internas, etc. ⁽⁴³⁾. Son precisamente estos elementos los que van a configurar el ámbito del control administrativo, que, como es obvio, no puede extenderse a otros extremos ni utilizarse para otorgar o negar la inscripción por motivos de oportunidad o conveniencia, al discrecional criterio de la Administración. Esto último vulneraría claramente el artículo 16 de la Constitución.

En definitiva, este control tiene su razón de ser en el correcto ejercicio del derecho establecido en el citado artículo 16 del Texto Constitucional, y en la necesidad de evitar, sobre todo en momentos como los actuales en los que la confusión ideológica y religiosa es de bulto, que grupos de naturaleza no religiosa tengan la protección que el Ordenamiento jurídico les confiere, y en realidad la aprovechen para otros objetivos que nada tienen que ver con lo religioso.

4.2. La inviolabilidad del domicilio.

El artículo 18,2 de la Constitución española establece que: *“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito”*. Éste es un precepto que viene a seguir una tendencia común en todos los Estados de Derecho en los cuales el ciudadano tiene una esfera infranqueable que no se puede quebrantar, so pena de erosionar el fundamento mismo de ese tipo de Estado. Empero, la particularidad que tiene el citado precepto es su evidente rigidez ⁽⁴⁴⁾ tanto por lo que concierne a sus posibles vulneraciones como a sus excepciones ⁽⁴⁵⁾, ya que sólo se puede penetrar en el domicilio por virtud del consentimiento de su titular, por resolución judicial o, excepcionalmente, en caso de flagrante delito.

Sucede que la Administración Pública española goza de la potestad de *autotutela*. Es decir, tutela por sí misma sus derechos e intereses ⁽⁴⁶⁾. Lo que implica que no tienen que someter sus pretensiones a los Tribunales de Justicia, pues debido a la presunción de validez, establecida en el artículo 45,1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, los actos dictados por la Administración tienen eficacia inmediata —salvo los supuestos que consigna el artículo 45,2 LPA—. Sobre esta base se fundamenta el principio de ejecutividad, que significa que

(43) J. LEGUINA VILLA, “Dos cuestiones en torno...”, loc. cit., pág. 687.

(44) Vid. A. NIETO GARCÍA, “Actos administrativos cuya ejecución precisa de una entrada domiciliaria”, en RAP, núm. 112, 1987, pág. 9.

(45) A. NIETO GARCÍA, “Actos administrativos cuya...”, loc. cit., pp. 9 y ss.

(46) F. LÓPEZ RAMÓN, “Límites constitucionales de la autotutela administrativa”, en RAP, núm. 115, 1988, pág. 58.

los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos (artículos 33 y 34 LRJAE, 101 y 116 LPA, 122 LJ y 4,1-e) de la LRBRL). Además, en caso de resistencia del obligado por el acto o acuerdo, la Administración está facultada para ejecutar materialmente por sí misma tal acto —lo que se suele llamar *privilegio de acción de oficio*, artículos 102 LPA y 4,1-f) LRBRL—⁽⁴⁷⁾. Pues bien, el problema se plantea cuando la Administración tiene que ejecutar un acto y para ello debe penetrar en el domicilio de un particular. En los términos en que se pronuncia el artículo 18,2 de la Norma Suprema parece claro que hay un obstáculo que impide la entrada sin el consentimiento del titular o sin la correspondiente autorización judicial, salvo, como ya se ha dicho, en los casos de flagrante delito⁽⁴⁸⁾. Y en este sentido el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 22/1984, de 17 de febrero) ha venido a sancionar los límites que impone en la práctica administrativa el artículo 18,2 CE. Límites que dibujan un panorama nuevo en la actuación administrativa que ha obligado al replanteamiento de una serie de extremos no sólo en el ámbito administrativo, sino en el campo jurisdiccional. Esta sentencia de 1984 ha sido, en efecto, una resolución polémica que ha hecho reaccionar tanto a la doctrina científica⁽⁴⁹⁾ como al mismo legislador. Una parte de la doctrina (LÓPEZ RAMÓN) entiende que como consecuencia de una excesivamente rígida interpretación del artículo 18,2 CE la actividad administrativa se ha complicado demasiado, y puede afectar seriamente a su eficacia. Otra (NIETO) estima que si bien son exactas las argumentaciones de la anterior doctrina, el Tribunal Constitucional se ha limitado a ser consecuente con el precepto constitucional, ya que la rigidez con la que se redactó el tan citado artículo no deja lugar a otras interpretaciones. Por último, el legislador se ha visto, también, compelido a reaccionar para concretar el juez que tiene la competencia para *autorizar* la entrada en el domicilio del particular para la ejecución de un acto o acuerdo administrativo (artículo 87,2 LOPJ)⁽⁵⁰⁾. Pero

(47) R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 242 y ss.

(48) R. GARCÍA MACHO, "La inviolabilidad de domicilio", en *REDA*, núm. 32, 1982, pp. 860 y ss.

(49) Vid., Administración exemplum, F. LÓPEZ RAMÓN, "Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *REALA*, núm. 225, 1985, pp. 31-78, y "Límites constitucionales a la...", loc. cit., pp. 85 y ss.; A. NIETO GARCÍA, "Actos administrativos cuya...", loc. cit., pp. 39 y ss.

(50) Es importante señalar con relación al 87,2 de la LOPJ lo que ha declarado la STC núm. 144/1987, de 23 de septiembre, según la cual: "(...) tal norma, en efecto, no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución no exige la entrada en un domicilio para atribuirlo al Juez de Instrucción que ha de acordar esa entrada. El control de la legalidad de esos actos como el de toda actuación administrativa sigue siendo competencia específica de esta Jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración. El Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a

esta reacción, por otra parte, se ha dirigido hacia el establecimiento de unos “enérgicos mecanismos de autotutela” (NIETO) en favor de la Administración local para evitar los “peligros” que generó la mencionada sentencia de 17 de febrero de 1984 ⁽⁵¹⁾.

Esta reacción del legislador de intensificar, de fortalecer la autotutela debe ser atenuada, porque la eficacia administrativa no puede servir de excusa para burlar el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio, ni para ganar nuevos fueros administrativos. Quizá la sentencia del Tribunal Constitucional admita críticas o reservas, pero los movimientos reflejos y pendulares, tan propios del temperamento político hispano, son muy peligrosos, sobre todo si está en juego nada menos que un derecho fundamental. Entre la eficacia, tan invocada en esta materia como ausente en la práctica, y un derecho fundamental, es preferible quedarse con este último. Para conseguir la *eficacia* sería conveniente explorar otros caminos, como el modo de proceder en el reclutamiento del personal, o en los criterios orientadores del actuar administrativo, y no imputar la incompetencia al ciudadano, titular de los derechos, que, en último término, siempre queda como el “sufridor” de las situaciones kafkianas que con frecuencia genera la Administración.

4.3. Los límites en las relaciones de sujeción especial.

Es sabido que el concepto de *relación especial de sujeción* nació en Alemania (LABAND y O'MAYER), y hace referencia a la singular vinculación que tiene un determinado individuo frente al poder público o, si se prefiere, frente al Estado. Se trata de una situación en la cual determinados colectivos o individuos como los presos, los funcionarios, los alumnos, los usuarios de un servicio

- (...) la inviolabilidad del domicilio, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiera efectivamente la entrada en él para la ejecución de un acto, que prima facie, parece dictado por la autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ese o de otros derechos fundamentales que aquellas que sean estrictamente indispensables para la ejecución de la resolución administrativa (...).

Sobre la intervención del juez contencioso-administrativo en la ejecución forzosa de los actos administrativos, vid. J.J. GONZÁLEZ RIVAS, “El art. 87,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales”, en AA, núm. 45, 1991, pp. 573 y ss.

- (51) “Actos administrativos cuya...”, loc. cit., pp. 56 y 57. Se refiere el autor al desarrollo del artículo 71 LRBRL que ha hecho el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986 (artículos 120, 122 y 130). Dentro de esta “reacción”, quizá pendular y por ello peligrosa, debe destacarse el artículo 41 del nuevo Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 1.684/1990, de 20 de diciembre), que equipara, al referirse a la anotación preventiva de embargo, los mandamientos administrativos a los judiciales.

público, etcétera, tienen particulares derechos y obligaciones por su acercamiento a la “res pública”⁽⁵²⁾. Es, por tanto, una situación que conlleva una “sumisión más intensa del particular que la debida a su condición normal de ciudadano”⁽⁵³⁾.

Al implicar una sumisión más rígida, fuerte o intensa a las potestades de la Administración Pública se plantea una importante cuestión, que es la de saber si los derechos fundamentales y las libertades públicas operan con igual porte y fuerza en las relaciones de este tipo, o por el contrario, ceden su posición en favor de otros bienes constitucionales, como la disciplina o jerarquía administrativa, la imparcialidad del Poder Judicial, etc. En este sentido hay que decir resueltamente que el Tribunal Constitucional ha situado dentro de los límites y criterios constitucionales a las relaciones de especial sujeción. El máximo intérprete de la Carta Magna ha declarado que los derechos fundamentales y la reserva de Ley tienen *plena vigencia* en el ámbito de tales relaciones, si bien caben restricciones⁽⁵⁴⁾. La sentencia núm. 2/1987, de 21 de enero dice que, efectivamente, los presos gozan de derechos fundamentales, pero, debido a la situación en la que se encuentran, tales derechos pueden ser objeto de ciertas restricciones⁽⁵⁵⁾. Pero, no obstante, esas restricciones o limitaciones no pueden en modo alguno desvirtuar la funcionalidad que tienen los derechos fundamentales en un Estado de Derecho ni pueden servir de subterfugio para convertirlos en expresiones vacías y retóricas que para nada repercuten en la práctica. Tampoco puede utilizarse la categoría jurídica de las relaciones especiales de sujeción como una especie de “cajón de sastre”, como un comodín que sirve para dar cobertura a cualquier intervención limitadora de derechos fundamentales

(52) Vid. A. GALLEGO ANABITARTE, “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración”, en *RAP*, núm. 34, 1961, in totum.

En este estudio, obviamente, partimos de la base de la pervivencia de las relaciones de sujeción especial después de la Constitución. En ésta se contienen previsiones que aclaran tal postura (artículos 25, 28.1 y 2, 29.2, 37.2, 70.1 ó 127, entre otros).

(53) J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la Administración. Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid 1983, pág. 55.

(54) Cfr. el trabajo de R. GARCÍA MACHO, “En torno a las garantías...”, loc. cit., pág. 527.

(55) Sin embargo, como señala GARCÍA MACHO (“En torno a las garantías...”, loc. cit., pág. 530) parece que en la STC núm. 160/1987, de 27 de octubre no se respeta la operatividad real de los derechos fundamentales y la reserva de Ley.

Hay que advertir sobre los peligros que la categoría de las relaciones de sujeción especial tiene en el sentido de relajar hasta límites intolerables para un Estado de Derecho las garantías que ofrece la reserva de Ley, y que abren una brecha para que simples Reglamentos puedan regular infracciones, por ejemplo, en materia penitenciaria. Vid. F. GONZÁLEZ NAVARRO, “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en *Estudios sobre la Constitución española* (homenaje al profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA), tomo II, Madrid 1991, pág. 1.089.

al poder público⁽⁵⁶⁾. Por ello hay que congratularse con la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 61/1990, de 29 de marzo, porque como ha escrito GARCÍA DE ENTERRÍA⁽⁵⁷⁾, *“parece cerrar un largo y equívoco devaneo que el Tribunal Constitucional ha tenido con el peligrosísimo concepto de las relaciones especiales de sujeción”*, y ha venido a exigir la reserva de Ley sin titubeos para las relaciones de esa naturaleza.

En concreto, el Fundamento Jurídico núm. 8 dice:

“Una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano (...)”.

Luego, es claro que restricción no es lo mismo que supresión. Lo que pasa es que esta encomiable doctrina queda empañada por el erróneo concepto que el Alto Tribunal tiene sobre las relaciones de sujeción especial (GARCÍA

(56) La tendencia ampliadora del concepto o categoría de relaciones de sujeción especial es una de las enemigas más temibles de la operatividad de los derechos fundamentales, sobre todo si no se tiene en cuenta el círculo estricto en el cual debe aplicarse. A. JIMÉNEZ BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ se ha percatado de esta orientación, sin duda criticable, de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y en virtud de la cual se aplica el concepto para limitar los derechos de colectivos que sólo con una interpretación muy amplia y, hasta cierto punto, perversa pueden insertarse en el seno de las relaciones de sujeción (Vid. “Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *La Ley* de 13 de mayo de 1988, pp. 1 y ss.). Así, se incluyen los servicios de auto-taxis (SSTS de 15 de julio de 1988, y 29 de septiembre de 1988), o los vinos que tienen una denominación de origen (STS 7 de junio de 1986), o a los Bancos respecto de la obligación de establecer medidas de seguridad, a los toreros e, incluso, a los espectadores de las plazas de toros.

Es clara la perversión de este concepto de relación de sujeción especial y también es diáfano el peligro que para el desarrollo de los derechos fundamentales tiene. La doctrina reciente ya ha mostrado su preocupación por tal orientación hermenéutica. Véase, R. GARCÍA MACHO, “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”, en *REDA*, núm. 72, 1991, pp. 525 y ss.; C. CHINCHILLA MARTÍN, “El nuevo régimen disciplinario de los alumnos no universitarios”, en *REDA*, núm. 64, 1989, pág. 555; J.M. MICHAVILLA NÚÑEZ, “Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho”, en *REDA*, núm. 54, 1987; o, en fin, J. DE LA CRUZ FERRER, “Derechos fundamentales y razón de Estado: El caso de los pilotos del Ejército del Aire”, en *REDA*, núm. 71, 1991, pp. 389-400.

(57) “La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación”, en *REDA*, núm. 66, 1990, pág. 284.

DE ENTERRÍA)⁽⁵⁸⁾, toda vez que en el caso concreto que resolvía (revocación de la licencia de un detective privado con base exclusiva en una simple Orden del Ministerio del Interior de 20 de enero de 1981, reguladora de la profesión de detective privado), no había en sentido estricto una relación de sujeción especial, porque no hay fundamento constitucional para ello⁽⁵⁹⁾. Aquí el Tribunal Constitucional ha sido víctima de la confusión generada en torno a esta clase de relaciones por él mismo⁽⁶⁰⁾, y sobre todo, por el Tribunal Supremo⁽⁶¹⁾. Con todo, la doctrina de esta sentencia viene a retomar el hilo constitucional, y es de esperar que sirva para rectificar las orientaciones que en los últimos tiempos —después de promulgada la Constitución—, ha tomado el Tribunal Supremo, y que han merecido la crítica, a veces dura, de la doctrina que se ha ocupado del tema⁽⁶²⁾. Porque lo que debe subrayarse es que los derechos fundamentales no se desvanecen en estas relaciones, sino que siguen manteniendo su naturaleza de pilares del Ordenamiento, sin que ello suponga desconocer la necesidad de tutelar también otros bienes (eficacia, disciplina...).

V. RECAPITULACIÓN FINAL

Queda fuera de toda duda la prevalencia de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el Ordenamiento español, así como su papel de elementos configuradores y definidores de la actividad administrativa en orden a respetar ese círculo propio de cada ciudadano. Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional destacan su capital importancia en el desarrollo del Estado social y democrático de Derecho. Su papel redefinidor

(58) “La eliminación general...”, loc. cit., pág. 285.

(59) R. GARCÍA MACHO, “Sanciones administrativas y relaciones...”, loc. cit., pág. 527.

(60) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La eliminación general...”, loc. cit., pág. 285.

(61) R. GARCÍA MACHO, “En torno a las garantías...”, loc. cit., pág. 527.

(62) Las palabras de JIMÉNEZ BLANCO son muy expresivas del descontento doctrinal por la ampliación y mala utilización del referido concepto en algunas sentencias. Este profesor dice (“Notas en torno a las...”, cit.): “He aquí una voz, ‘relación de sujeción especial’ —u otras análogas— que, primero, se aplica, sin base normativa alguna, allí donde se quiere, y, segundo, se derivan de ella consecuencias que contradicen los principios y las garantías del Estado de Derecho. Ya se comenzó por decir que la mencionada categoría (...) tiene cabida en nuestro Derecho Público, con fundamento constitucional incluso expreso. Pero la tosca y vulgar jurisprudencia que hemos referido tiene muy poco que ver con la buena interpretación de la Ley Fundamental de 1978: utilizar de manera acrítica, y como un ‘ábrete sésamo’, una doctrina surgida en otro contexto, y utilizarla además *contra cives*, es algo que nunca podrá merecer elogio de quien esté comprometido con la justicia”.

de viejas prerrogativas es, entonces, evidente⁽⁶³⁾. No obstante, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales debe intensificarse y nutrirse para evitar, por una parte, que las excusas en las que en ocasiones se refugia el poder, como por ejemplo, la eficacia, no sean un camino subrepticio para su vulneración en nombre de ideas o conceptos a los que se puede servir mejor por otros medios más aptos que el “ablandamiento” de los derechos fundamentales⁽⁶⁴⁾, y, por otra parte, para que determinados institutos jurídicos, más o menos ambiguos —o que se perfilan, con toda intención, ambiguamente—, como las relaciones de sujeción especial, no se transformen en brechas a través de las cuales se introduzca la parte más oscura del poder público.

En el desarrollo de la actividad administrativa en un Estado de Derecho se debe tratar de configurar un Estado dinámico y “despierto”⁽⁶⁵⁾, que satisfaga las necesidades públicas, pero que, al propio tiempo, revitalice continuamente la posición cardinal de los derechos fundamentales. Para ello resulta obligado decantarse por una gestión más racional, menos burocrática, que tienda a estimular la participación y las técnicas de consenso y evitar el cómodo “orden y mando”, tan arraigado y simplificador⁽⁶⁶⁾. Hemos visto que en la intervención administrativa hay casos claros de control, otros que son dudosos y otros que son francamente peligrosos para el desarrollo de los derechos fundamentales. Un caso relativamente claro es el control que arbitra la Administración con relación a las asociaciones religiosas que pretenden inscribirse en el Registro para adquirir personalidad jurídica y acogerse a la protección que el Ordenamiento le otorga. No hay un control discrecional, sino reglado y, por consiguiente, la maniobrabilidad de la Administración se circunscribe a lo permitido por la Ley. Un caso algo más confuso es el derecho a la inviolabilidad del domicilio y su conjugación con la eficacia administrativa. Porque si en teoría dicho derecho constituye un bastión fundamental para garantizar la privacidad o intimidad del ciudadano, lo cierto es que una interpretación maximalista en uno u otro sentido puede producir, bien la vulneración del mismo para conseguir la eficacia, bien la adulteración de ese derecho para abusar de la cobertura que da y perseguir, invocando el artículo 18,2 CE, intereses económicos que fraudulentamente buscan “una buena cobertura constitucional”⁽⁶⁷⁾. Lo

(63) Vid. J.L. MEILAN GIL, “Prólogo” del libro de J. RODRÍGUEZ ARANA, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Madrid 1986, pág. 30.

(64) Como dice SUAY RINCÓN (“Pasado, presente...”, cit., pp. 14 y 15) la primacía de los derechos fundamentales significa que han de primar frente a cualquier otro valor que se oponga.

(65) M. BALLBÉ, “El estado de nuestra “res pública”, en *El País* de 13 de abril de 1991, pág. 12.

(66) M. BALLBÉ, cit., id.

(67) A. NIETO GARCÍA, “Actos administrativos cuya...”, loc. cit., pág. 14.

que aconseja ponderar los diversos bienes constitucionalmente protegidos para evitar tales situaciones. Pero es que, asimismo, hay otros supuestos, como es el de las relaciones de sujeción especial, en los que existe un peligro cierto de burlar el espíritu de la Norma Fundamental, por un mal entendimiento de ese instituto. Se impone, pues, una adecuación del mismo a su contexto y una flexibilización de su aplicación en ese mismo contexto ⁽⁶⁸⁾.

En resolución, la tarea de materializar los derechos fundamentales no debe entenderse acabada nunca. Continuamente aparecen brechas, excusas o subterfugios por los que el poder público y, en concreto, la Administración, intenta desligarse de los controles o contrapesos que hacen que las relaciones que mantiene el ciudadano con ella sean eso: relaciones, con un ámbito acotado de derechos y deberes para ambas partes, y no una grosera y, a veces, arbitraria imposición, que sólo tardíamente puede ser controlada y sancionada por el Poder judicial.

(68) F. SOSA WAGNER, "Libertades públicas y funcionarios", en *REDA*, núm. 17, 1978, pp. 173-179.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA

ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

SUMARIO

- 0. INTRODUCCIÓN.
- I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN Y EL
RENOVADO VALOR DE LA JURISPRUDENCIA.
 - 1. Las diferentes acepciones jurídicas de la igualdad.
 - 2. El valor de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.
 - 3. La idea-fuerza de igualdad en la Jurisprudencia.
 - 3.1. Asiento jurisprudencial del valor de la igualdad.
 - 3.2. Imbricación de la igualdad con otros valores y opciones
constitucionales básicas.

4. La igualdad como noción relacional en la acción de enjuiciamiento.

4.1. La relación de igualdad.

4.2. El criterio hermenéutico.

4.3. La operación de enjuiciamiento antidiscriminatorio.

4.4. Vulneración de la igualdad como diferenciación *injusta*.

4.5. La secuencia del razonamiento hermenéutico.

4.6. Función jurisdiccional y modulación aplicativa de la Constitución.

4.7. Importancia de las causas fundamentadoras de la discriminación.

4.8. Igualdad “formal”, igualdad “material” e igualdad “real y efectiva”.

II. IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY: PRECEDENTE JUDICIAL Y SEGURIDAD JURÍDICA (Consideraciones en torno a diez líneas directivas de nuestra jurisprudencia).

III. ANÁLISIS SECTORIAL: LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR EL TRIBUNAL SUPREMO.

1. La Jurisprudencia dictada por la Sala 1, de lo Civil.

2. La Jurisprudencia dictada por la Sala 2, de lo Penal.

3. La Jurisprudencia dictada por la Sala 3 (ex 3, 4 y 5), de lo Contencioso-Administrativo.

4. La Jurisprudencia dictada por la Sala 4 (ex 6), de lo Social.

IV. UNA REFLEXIÓN FINAL: LA INSERCIÓN DE LA JUSTICIA Y JURISDICCION ORDINARIA DENTRO DE LAS COORDENADAS DEL “ORDEN CONSTITUCIONAL”.

V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

0. INTRODUCCIÓN

El objeto que este estudio se propone analizar resulta simultáneamente difícil y estimulante. Lo primero, porque *la igualdad* entraña uno de los enunciados más polisémicos y polifuncionales del ordenamiento jurídico español. Lo segundo, porque, quizá a la luz de lo anterior, en este punto se ejemplifica de forma particularmente expresiva la “curva” descrita por la aportación de la denominada *Justicia ordinaria* al tratamiento jurídico de las garantías establecidas por y a raíz de la Constitución Española de 1978 (en adelante, *CE*).

Sabido es que la locución *Justicia ordinaria* (prácticamente homologada hoy en el lenguaje coloquial y en el *argot* académico) no parte tanto de un preciso perfil positivo —susceptible de lectura y tratamiento científicos— cuanto de la percepción de la necesidad doctrinal de dar cuenta de los distintos niveles garanciales comúnmente integradores del orden constitucional arquetípico del Derecho comparado; un orden que, por lo demás, se cualifica a sí mismo por sumar a los esquemas judiciales legatarios del Estado liberal un órgano constitucional expresa y específicamente encargado de afirmar la componente *normativa* de la *Ley fundamental*. De ahí que la expresión al uso —“Justicia ordinaria” o “común”— sea cabalmente referente a esa “otra” *justicia* administrada en sede y con fondo *constitucional*, por ese intérprete supremo y cualificado de la *Lex legum* que es el Tribunal Constitucional (en adelante, *TC*, Tít. IX *CE*)⁽¹⁾.

La primera de las ideas aquí propuestas necesita de un mínimo sostén argumentativo. La referencia a *la igualdad* integra, efectivamente, virtualidades múltiples. Y ello tanto por el hecho del número de artículos y disposiciones constitucionales en las que aparecen concretas y diferenciadas referencias literales a la misma, cuanto por el distinto sentido y significación que adquiere en muchas de estas citas.

El ingente esfuerzo doctrinal acometido al efecto de elucidar sus variantes resulta sólo comparable al plurivalente provecho que de cada una de esas acepciones deduciría, poco a poco, en el ejercicio de sus funciones, el “operador” jurisprudencial de nuestro ordenamiento (—los jueces y los tribunales

(1) Sobre estos planteamientos de carácter liminar, véase P. Pérez Tremps: *El Tribunal Constitucional y el Poder Judicial*, CEC, Madrid 1985.

en el acto de dictar sentencias y pronunciamientos como soluciones a casos sustanciados ante ellos—), conforme a pauta evolutiva y sentido progresivo.

No es nuestro cometido el abundar demasiado en sus variaciones teóricas, sino ofrecer una visión sintética y esquemática del precipitado jurisprudencial que la noción polisémica de la *igualdad* —consagrada, bajo diversas apariencias, en una Constitución plenamente normativa y directamente aplicable—, arroja hasta hoy como balance. Aclaremos, ante todo, las principales manifestaciones de esta pluralidad de acepciones sustantivas de la igualdad protegida por la Constitución.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN Y EL RENOVADO VALOR DE LA JURISPRUDENCIA

1. Las diferentes acepciones jurídicas de la igualdad.

Es sólito identificar la idea de igualdad que la Constitución Española de 1978 consagra y tutela con el enunciado del art. 14, pósito, como se sabe, de la Sección 1 del Capítulo II del Título I CE, y, por tanto, componente del llamado núcleo duro de la estructura dogmática de nuestra *Ley fundamental* (arts. 14 a 29: *derechos fundamentales y libertades públicas* (en adelante, DF y LP).

Y aunque es cierto que, como correlato lógico de su misma ubicación estratégica, es esta “aparición” de la idea-estrella de *igualdad* en la estructura compleja de la Constitución como *norma* y proposición normativa la que más probablemente —y más recurrentemente— actúa como punto de apoyo para la resolución conforme a Derecho de los concretos litigios y conflictos intersubjetivos por parte del órgano judicial —expresión del Poder Judicial del Estado de Derecho (Tít. VI, CE)— que resultare competente, no es este art. 14 —consagrador de un derecho público subjetivo a no ser discriminado— la única dimensión de la referida idea. Por acudir solamente a dos dimensiones paralelas, de equiparable vigor y fuerza constitucional, ha de tenerse en cuenta la presencia de la misma en los arts. 1.1. (—exaltación de los llamados *valores superiores* del ordenamiento jurídico, junto y en combinación con la libertad, la justicia y el pluralismo político—) y 9,2 (—deber constitucional de los poderes públicos en orden a la promoción de la igualdad *real y efectiva*—), inscritos ambos en el *Título Preliminar* de la Constitución, cualificado igualmente por su especial rigidez (ver Tít. X, art. 168) y por su relevante contenido material

(—las denominadas *bases institucionales* del Estado social y democrático de Derecho instaurado por la CE—) ⁽²⁾.

Así, en tres importantes artículos de un segmento sustantivo del tronco constitucional quedan puestas de relieve, cuando menos, otras tantas dimensiones de sobresaliente impacto sobre el desarrollo ulterior de la acción jurisdiccional del Estado: 1) *La igualdad como derecho público subjetivo a no ser objeto de trato discriminatorio alguno* (art. 14 CE); 2) *La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico* (patrón o criterio hermenéutico de inspiración axiológica, art. 1.1.); 3) *La igualdad como principio o directriz informadora de la acción de los poderes públicos, incluidos, claro está, tanto el poder judicial como el legislativo* (art. 9.2) ⁽³⁾.

Pero es que, al margen de tan destacadas disposiciones, existen referencias adyacentes a esta exaltación de la igualdad en otros distintos momentos del articulado de la Constitución. Y, lo que es más importante, es tan posible y legítimo como frecuente en la práctica el que el principio/valor/ y/o derecho a la igualdad se proyecte de algún modo sobre el ejercicio y disfrute de la totalidad de los DF y LP constitucionalmente consignados. Así lo hace igualmente en la más vasta pléyade de relaciones jurídicas, negocios y actos susceptibles de *fundamentar* en algún momento un pronunciamiento judicial de *naturaleza jurisdiccional*.

Como puede imaginarse, el material de trabajo que se ofrece al analista —la *masa jurisprudencial* de juzgados y tribunales componentes de la vasta organización jurisdiccional española, en sus diferentes órdenes, siempre que en sus decisiones haya intervenido o interpretado un papel mínimamente relevante la idea-fuerza de *igualdad* o la prohibición de la discriminación anticonstitucional— no podría ser más amplio, complejo y omnicompreensivo. De ahí que sea bueno clarificar desde ahora algunas consideraciones de orden metodológico, acerca del enfoque y de la manera en que procede desarrollar este estudio, si es que lo que se pretende es arrojar alguna luz sobre las *líneas maestras* de dicha jurisprudencia:

1) A la luz del sistema de fuentes y de las prelación lógicas y sustantivas impuestas por la entrada en vigor de una Constitución de carácter normativo

(2) Cfr. A. Ollero: "Principio de igualdad y teoría del Derecho", en *ANH*, U.C., Madrid 1986-87, pp. 173 ss.

(3) Vid. G. Peces-Barba: *Los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Tecnos, T-Cl., Madrid 1986.

(—y no, pues, un documento de inspiración *política* ni tan siquiera una Carta meramente *programática*—), resulta obligado partir de los precipitados heurísticos y doctrinales suscritos por el TC en su calidad de exégeta, directamente autorizado por la propia *Norma normarum* ⁽⁴⁾.

Ello no significa, ni mucho menos, incorporar *in toto* la doctrina relativa al principio de igualdad (—lo que resultaría manifiestamente extemporáneo, proponiéndose, como se propone, una lectura sectorial concentrada en los dictados de la *Justicia ordinaria*—). Sí exigirá, sin embargo, colacionar cada vez que resulte imprescindible los criterios y patrones de interpretación progresiva y paulatinamente configurados en la jurisprudencia constitucional del TC, en la precisa medida en que éstos han venido posteriormente asumidos y trasladados al *modus operandi e iudicandi* de todos y cada uno de los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial, como intérpretes que son —y aplicadores, sin duda— de *todo* el ordenamiento *conforme a la Constitución*, y habida cuenta, obviamente, que de ese mismo ordenamiento forma parte sustantiva la propia Constitución ⁽⁵⁾.

2) Como quiera que resulta tan inoperable como improcedente ejecutar un seguimiento generalizado y extenso de la jurisprudencia de los jueces y tribunales de los diferentes órdenes de la jurisdicción, el análisis propuesto del tratamiento recibido por el principio de igualdad en la Justicia ordinaria se abordará de conformidad al vertido evolutivo de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo. Éste es, como se sabe, un órgano *jurisdiccional* complejo. Integrado por cinco *Salas* (—*Primera, de lo Civil; Segunda, de lo Penal; Tercera, de lo Contencioso-Administrativo; Cuarta, de lo Social; y Quinta, de lo Militar*—), cada una de las cuales es organizada a su vez con base en la conformación de diferentes *Secciones*. El actual alzado del Tribunal Supremo se adopta, como se sabe, a partir de las reformas introducidas por la LO 6/85, de 1 de julio, del *Poder Judicial*, y de la LO 4/87, de 15 de julio, de *Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*. No puede ignorarse, no obstante, a efectos del seguimiento de la jurisprudencia que a continuación se analiza, que hasta 1985 las Salas del TS eran seis, tres de ellas dedicadas al orden de lo contencioso-administrativo (las *Tercera, Cuarta y Quinta*), quedando igualmente excluida de su anterior estructura todo lo relativo a la justicia militar. Culmina en este

(4) Vid., sobre este punto, I. de Otto: *Estudios sobre el Poder Judicial*, M. Just, Madrid 1989, pp. 131-188.

(5) Cfr. M.A. Aparicio: “La aplicación judicial de la Constitución y la determinación del objeto del amparo constitucional”, en *RCEC* n° 3, 1989.

Tribunal (ex art. 123 CE) la organización jurisdiccional española en los diferentes órdenes (—sin perjuicio, por supuesto, de la supremacía en materia de garantías constitucionales que atiene inevitablemente a la justicia del TC—), tal y como se desprende de la configuración básicamente diseñada en la Constitución (Tít. VI, arts. 117 a 127) y desarrollada en la *LOPJ* y en la Ley 38/88, de 28 de diciembre, de *Planta y Demarcación judicial* ⁽⁶⁾.

3) En fin, el tratamiento de las diversas acepciones de la noción constitucional de *igualdad* no se realizará a partir de sus múltiples frentes capilarizados (es decir, de abajo a arriba), sino de sus principales expresiones en cuanto derecho subjetivo del que se derivan deberes constitucionales directamente predicables de todos los poderes públicos, e incluso de los ciudadanos y de los sujetos privados (—en la precisa medida en que el valor igualdad haya conseguido acreditar un *efecto horizontal* o *interprivatos* sobre el ámbito de los negocios iusprivados, en lo que se denomina *Drittwirkung der Grundrechte*—), así como, de igual modo, en cuanto principio informador de la acción de todos los poderes públicos, y valor constitucional inspirador de la labor heurística y hermenéutica de los operadores ⁽⁷⁾.

2. El valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El material de trabajo nos lo va a suministrar, por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El valor de su doctrina queda definido a través de las sentencias que contienen pronunciamientos de fondo, esto es, resoluciones que *deciden* sobre el litigio planteado, ofrecen *solución* al caso, al mismo tiempo que elucidan, esclarecen y unifican los patrones hermenéuticos con los que operan todos los titulares de órganos judiciales integrantes del Poder Judicial único y unitario que la CE consagra. El mecanismo instrumental por el que esta acción se efectúa lo constituye, obviamente, el instituto procesal y material de la *casación* como *recurso* (de índole extraordinaria) de unificación de doctrina jurisprudencial común en materia de interpretación de la legalidad y de observancia general de los procedimientos conforme a patrón unitario: precisamente por ello, la *casación* aparece típicamente atribuida, bajo la calidad de competencia distintiva, a los tribunales-cúspide de la organización jurisdiccional en los diferentes órdenes de los ordenamientos del ámbito comparado (*Cour de Cassation*; *Corte di Cassazione*) ⁽⁸⁾.

(6) Cfr., I. de Otto, *op. cit.*

(7) Cfr. S. Varela: “La idea de deber constitucional”, en *REDC* n° 4, 1982.

(8) Véase I. de Otto: *Derecho constitucional (Sistema de fuentes)*, Ariel, Barcelona 1988.

Se parte, pues, de una intelección inequívoca y resuelta del sentido integrador y armónico que a la acción jurisdiccional otorga el juego combinado de los arts. 117 CE, 1, 5, 6 y 7 LOPJ, *plus* el 1692.5 LEC, relativo, este último, a la *fundamentación* de la acción de *casación*.

No puede ignorarse el importante pronunciamiento que este punto incorpora al ordenamiento jurídico. El art. 1692.5 LEC ha procedido, en efecto, a cristalizar un decurso que, de forma paulatina y progresiva, había venido ya actuando en un sentido muy preciso: desdibujar el perfil originariamente *legalista* y marcadamente formalista que de la asunción de la función de la jurisprudencia en la configuración de nuestro concreto sistema de Derecho positivo habían venido propugnando no ya sólo los teóricos sino los propios operadores, en un esfuerzo por dar por bueno el clásico axioma de Montesquieu por el que el juez no era, en suma, sino la boca de la Ley, haciendo del Judicial un *pouvoir en quelque façon nule* ⁽⁹⁾.

La Constitución despedaza definitivamente ese mito insostenible ⁽¹⁰⁾. Y sin necesidad de entrar en desarrollos doctrinales acerca de las virtualidades innovadoras o creadoras de Derecho sustantivo que cabe hoy atribuir a la jurisprudencia, a la luz de las aproximaciones empíricas y funcionales de las dos grandes tradiciones iusconstitucionales, herederas ambas del demoliberalismo racionalista y burgués (—la anglosajona/americana y la europeo/continental—), nos es obligado inferir que el sentido rectamente deducible de la consagración —ex art. 1692.5 LEC, *cit.*— de la contradicción o del quebrantamiento de la jurisprudencia como un motivo objetivo de fundamentación de la casación accionable ante el Tribunal Supremo —como causa virtual de antijuridicidad— hace de este precepto de la Ley de Enjuiciamiento un punto de apoyo esencial para el desarrollo analítico de la cuestión que nos ocupa, así como, lógicamente, para la comprensión del *valor* a atribuir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el presente momento de nuestro sistema global de Derecho positivo ⁽¹¹⁾.

Tiene, pues, poco sentido continuar a estas alturas preguntándose a propósito de la “naturaleza” de la jurisprudencia o de su posición en el sistema de fuentes. A raíz de la verdadera *refundación* del sistema de Derecho efectuada por la Constitución, la proyección funcional de la doctrina dimanante del

(9) Cfr., por todos, F. Tomás y Valiente: “De la Administración de Justicia al Poder Judicial”, en A.A.VV.: *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, CEJ, Madrid 1990.

(10) Por todo cuanto se ha escrito al respecto, y como referencia pionera, véase el clásico de E. García de Enterría: *La Constitución como norma y el TC*, Civitas, Madrid 1981.

(11) Para un desarrollo de este punto, acúdase a I. de Otto: *Derecho Constitucional*, *op. cit.*

Tribunal Constitucional impronta la jurisprudencia de la Justicia ordinaria, que en materias atinentes al régimen de ejercicio y disfrute de los DF y LP adquiere *cuerpo teórico* unitario e integrado en virtud del instituto casacional del TS. Las disputas escolásticas abren paso a los análisis y contrastaciones concretas sobre el fondo sustantivo del tratamiento jurídico que todos y cada uno de los derechos consagrados en el citado *núcleo duro* de la Constitución reciben de los juzgadores en los concretos conflictos intersubjetivos datados. Es este fondo sustantivo —y no ya el “nombre-de-la-cosa”— el que compete al estudioso de lo constitucional ⁽¹²⁾.

3. La idea-fuerza de igualdad en la jurisprudencia.

3.1. Asiento jurisdiccional del valor de la igualdad.

Empezaremos, por tanto, por diseccionar los pilares cimentadores de la acción —institución procesal imprescindible a estos efectos— ante la Justicia ordinaria, en cuanto esa acción se ejercite con el declarado *objeto* de hacer valer pretensiones cuyo fundamento objetivo lo sea el *derecho subjetivo/valor superior* o *principio de igualdad* configurado en la Constitución, en el marco de litigios intersubjetivos concretos.

Dos son, como es conocido, los aludidos pilares: la idea de *igualdad ante la Ley* (—el derecho a un trato *igual*, desdoblado éste a su vez en un derecho a la igualdad *desde* la legalidad y *en la legalidad*—), y la idea de la *igualdad en la aplicación de la Ley* (—el derecho al trato *igual* en la ejecución de la Ley por parte del poder público u operador hermenéutico).

Resulta evidente que esta última expresión es la que más debe preocupar a un análisis centrado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) sobre el “*principio*” de igualdad (en adelante utilizado como referencia genérica a la noción iusconstitucional de la igualdad).

En efecto, la igualdad que afecta por antonomasia al operador hermenéutico se identificará prontamente con la prohibición de producir *en la aplicación de la Ley* discriminaciones proscritas por la Constitución. La igualdad así entendida —en cuanto *prohibición de discriminaciones*— obliga, efectivamente, a la acuñación de una doctrina jurídico-interpretativa sobre el valor normativo y constitutivo de la opción o idea-fuerza de igualdad, definitivamente

(12) Algunas de estas ideas se encuentran espléndidamente contenidas en la *Memoria de Cátedra* (inédita) del Prof. P. Cruz Villalón (1986, Univ. Sevilla).

desprovista de sus revestimientos más evanescentes, y, por ende, inconsistentes: la fuerza principal de la igualdad no se traducirá, por tanto, en la procuración de la identificación de situaciones diferentes *de hecho* —o, incluso, *de derecho*—, sino en la evitación tanto de las equiparaciones o identificaciones netamente artificiales (a la luz de la desigualdad de los presupuestos a enjuiciar) cuanto de las *discriminaciones* ⁽¹³⁾.

La *discriminación* pasa así a ser un concepto capital de la teoría del Derecho constitucional comparado. Y se entenderá por tal toda diferenciación jurídicamente relevante cuyo fundamento objetivo radique en la apreciación de cualidades explícita o implícitamente proscritas por la Constitución como apoyatura lógica para el desprendimiento de consecuencias o efectos de esa naturaleza. Dentro de las cualidades *expresamente proscritas* por la Constitución destacan, sin duda alguna, las relacionadas en el texto del art. 14, verdadero paradigma de la proyección *normativa* del valor superior de la igualdad de cara a la articulación de posiciones subjetivas o *status* jurídico-públicos sobre la base de rasgos o cualidades personales, sociales o de cualquier género, en cuanto dichos rasgos o cualidades hayan sido explícitamente calificadas como discriminatorias o generadoras de discriminaciones prohibidas por la *Ley Fundamental*. Pero no solamente éstas. También todas las diferenciaciones jurídicamente afirmadas (—vale decir, jurídicamente relevantes—) cuya apoyatura objetiva no resulte cohonestable con el sistema de valores y principios consagrados en la Constitución resultará, igualmente, jurídicamente *inaceptable*/jurídicamente *rechazable* para el operador hermenéutico y jurisdiccional.

3.2. Imbricación de la igualdad con otros valores y opciones constitucionales básicas.

Un dato de extrema relevancia de cara a la introducción al discurso doctrinal de la jurisprudencia sobre el punto estribará en la exaltación de la *racionalidad* liberal y democrática. Toda Constitución demoliberal comporta una racionalidad recorrida por los presupuestos axiológicos subyacentes al dictado de la “dignidad del hombre” —expresada en un catálogo de *derechos fundamentales y libertades públicas* como virtual núcleo dogmático de la Constitución y objeto de garantías de máxima intensidad— y de la *legalidad* como expresión *racional* de la soberanía popular dialogalmente vehiculada por la representación pluralista que condensan las Cortes Generales.

(13) Cfr. M. Rodríguez-Piñero & F. Fernández López: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, T-Cl., Madrid 1985.

La *discriminación* que vulnera el principio de igualdad no estriba, pues, en la deducción de *consecuencias* o *efectos* jurídicamente relevantes a partir del puro *hecho*, también jurídicamente relevante, de la diferenciación. La discriminación que vulnera el principio de igualdad se concentra en la determinación de consecuencias o efectos jurídicamente relevantes a partir de presupuestos objetivos de los que *no resulte razonable deducir y/o inferir consecuencias o efectos jurídicamente relevantes, de acuerdo con el sistema de valores, principios y opciones constitucionales que deben inspirar e informar la labor de los poderes públicos y, en cuanto nos ocupa, de los operadores jurídicos con capacidad hermenéutica en el desarrollo de la función jurisdiccional que tienen encomendada* ⁽¹⁴⁾.

Es a partir de este dato que la ciencia del Derecho constitucional contemporáneo desplegará un discurso teórico-doctrinal de extraordinaria envergadura e inusual entidad: A) Primero, en lo que hace a las raíces comunes de la tradición constitucional comparada en la que nos inscribimos, toda vez que nuestros más altos tribunales beben directamente de fuentes doctrinal-jurisprudenciales de común factura y referencias compartidas (—paradigmáticamente, del TEDH y del TS estadounidense, cuyos parámetros hermenéuticos han sido después asumidos por la generalidad de las *Cortes de Justicia constitucional concentrada* de los sistemas legatarios de la construcción Kelseniana en el Derecho europeo-continental contemporáneo—) ⁽¹⁵⁾. B) Segundo, en lo que concierne a la proyección doctrinal y configuradora de un Derecho constitucional normativo y resolutorio de conflictos, cuyo vertido jurisprudencial se traslada, a través de las *Cortes/Tribunales* respondientes al modelo concentrado al que acaba de aludirse, a la generalidad de los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial operativo en el nivel de la *justicia ordinaria*, y por la que las construcciones kelseniana/*concentrada* y anglosajona/*difusa* han venido convergiendo en un poso común con importantes equivalencias funcionales que poco a poco adquieren también alguna traducción orgánica ⁽¹⁶⁾.

En este contexto se ubica la actual configuración del Tribunal Supremo español. Y en estas coordenadas, pues, procede entender el espacio de realización interpretativa y unificadora de jurisprudencia que cumple al alto tribunal en que culmina la organización judicial española, y cuyo perfil esencial en lo

(14) Ver A. Carrasco Pereira: *El juicio de razonabilidad en la doctrina del TC*, en REDC n° 11, 1984.

(15) Vid. G. Zagrebelsky: *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1981.

(16) Ver L. López Guerra: "El TC y el principio «stare decisis»" en AA.VV.: *El TC*, DG. Cont., Madrid 1981, Vol. III, pp. 1.455 ss.

que hace al dictado del principio de igualdad se intentará exponer de forma forzosamente sintética en los Capítulos II y III de nuestra aproximación.

4. La igualdad como noción relacional en la acción de enjuiciamiento.

4.1. La relación de igualdad.

El primero de los desarrollos jurisprudenciales de los que procede dar cuenta atañe a la configuración doctrinal de la igualdad como *noción relacional*.

En esta noción se dan cita dos elementos obligados de una hipotética relación de comparación —de la que habrá que inferir algún tipo de consecuencias jurídicas— y un *tertium comparationis* que actúa como *criterio* resolutor del *balance* o *saldo* comparativo. En la medida en que el *tertium* (el *parámetro* o *criterio*) disfrute de entidad jurídica (*fundamentación legítima lógica y razonable, de acuerdo con el sistema de principios y valores que integran el ordenamiento*) la comparación producirá un *saldo comparativo* por el que se detecte una de dos opciones: o bien una diferenciación axiológicamente legítima, sistemáticamente lógica e intelectivamente razonable, o bien una *discriminación* axiológicamente ilegítima, sistemáticamente ilógica e intelectivamente no razonable (desproporcionada, inadecuada, arbitraria o abusiva).

Para este último caso, tal detección determina, por parte del operador jurisdiccional competente, una declaración de la *antijuridicidad* del acto o relación debatida —vale decir, un pronunciamiento acerca de la *ilicitud constitucional* de ésta— y su reparación por medio de una solución jurídica adecuada al caso y conforme a la Constitución.

4.2. El criterio hermenéutico.

Siguiendo el patrón hermenéutico acuñado en la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ha afirmado en sucesivas ocasiones que de lo que se trata, en realidad, al verificar el alcance práctico de la idea-fuerza en las relaciones litigiosas, es de indagar la fundamentación en cada caso de las posibles diferencias normativas en el régimen jurídico que cumple a cada sujeto de tal relación litigiosa. El análisis de la estructura de la igualdad en Derecho consiste en el análisis de las posibles diferencias jurídicamente fundadas, jurídicamente avaladas o jurídicamente consagradas. Estamos hablando con ello de *diferenciaciones* lícitas, *justificadas* en base a la racionalidad o a la *razonabilidad* del criterio o del *parámetro de diferenciación* de situaciones subjetivas que haya sido utilizado para *fundamentar* la diferencia de trato en Derecho positivo o en la aplicación del mismo.

Correlativamente, el análisis de la estructura de la *desigualdad en Derecho* no va a ser otro que el análisis de la irracionalidad o la irrazonabilidad de la diferencia de trato en Derecho positivo o en la aplicación del mismo; es decir, de la carencia de fundamento de la diferencia de régimen normativo cuestionada.

4.3. La operación de enjuiciamiento antidiscriminatorio.

Tanto el TC como el TS aplican hoy regularmente una doctrina asentada por la que la consagración de la idea-fuerza de igualdad no comporta en absoluto una parificación del tratamiento jurídico de todas las situaciones subjetivas, sino sólo de las que carezcan de una fundamentación suficiente, razonable y objetiva, en modo que *justifique* el trato diferenciado.

Desde este punto de vista, la idea-fuerza de igualdad actúa, como se ha apuntado, como verdadero *límite* frente al legislador⁽¹⁷⁾. El Poder Legislativo debe observar el principio de igualdad al regular el régimen de las relaciones jurídicas intersubjetivas. Y este deber se deriva del sometimiento de la labor legislativa al juicio —*ex negativo*— de constitucionalidad que entraña precisamente el cometido distintivo y cualificador de la llamada *Justicia constitucional stricto sensu* entendida (*Verfassungsgerichtsbarkeit*, en la formulación clásica Kelseniana). La conexión de este esquema con la función definitoria del Poder Judicial y de la organización jurisdiccional se produce a través de los resortes de intercomunicación de la Justicia ordinaria con la capacidad de enjuiciamiento negativo de la legislación que inviste a los Tribunales y Cortes constitucionales. De forma emblemática, ésta actúa, en nuestro ordenamiento, a través de la *cuestión de inconstitucionalidad* de la legislación *post-constitucional* sobre cuya adecuación a la *Ley fundamental* se suscitaren razonables y fundamentadas dudas y de cuya solución dependiera el *fallo* jurisdiccional del caso en que se presentaren (art. 163 CE), así como de la inaplicación de la legislación *preconstitucional* que se estimare contraria a la Constitución (arts. 9.1 y Disposición Derogatoria CE)⁽¹⁸⁾.

El Tribunal Supremo ha afirmado en su doctrina jurisprudencial principal su plena facultad —eventualmente avalada en la jurisprudencia del TC—

(17) Cfr., en este sentido, J. Jiménez Campo: “La igualdad jurídica frente al legislador”, en *REDC* n° 9, 1983.

(18) Sígase este desarrollo en los trabajos de F. Rubio Llorente: “Sobre la relación entre TC y PJ en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *REDC* n° 4, 1982; y “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, en *REDC* n° 22, 1988.

para entender derogado —y, por tanto, inaplicar— el Derecho positivo preconstitucional cuya contradicción con la Constitución no pueda ser superada por vía interpretativa (arts. 117,1 CE y 1, 2, 3 y 5.1 LOPJ), tanto en su rango de Ley formal cuanto en cualesquiera otros (arts. 6 y 8 LOPJ). Y ello comporta, pues, el asentamiento de una interpretación *extensiva* de las nociones de “Ley”, de “imperio de la Ley” y “sometimiento exclusivo a la legalidad” inferibles de la CE y de la normación de desarrollo de ésta.

La igualdad *ante la Ley* comporta, pues, la igualdad *en la Ley* (y en el *Derecho*, independientemente del rango o carácter formal de la normación cuestionada como fundamentación de una diferenciación litigiosa y debatida) y la igualdad *en la aplicación de la Ley* (y en la *aplicación del Derecho por todos los poderes públicos y especialmente en la acción jurisdiccional de los jueces y de los tribunales*) ⁽¹⁹⁾.

4.4. Vulneración de la igualdad como diferenciación *injusta*.

Al igual que ha sucedido con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el TS ha consagrado una elaborada doctrina acerca de la *desigualdad constitucionalmente prohibida como diferenciación ilegítima e injusta*. Dicha diferenciación se concreta en la dispensa de tratamientos distintos a dos presupuestos de hecho (situaciones subjetivas) caracterizados por una *homogeneidad de fondo* (—aun cuando nunca “iguales”—), y sobre los que la finalidad eventualmente perseguida por el legislador no pueda ser interpretada (—en virtud del principio de *favor legis* o de favorecimiento de la constitucionalidad de la opción legislativa en la medida en que resulte hermenéuticamente posible interpretar sus dictados conforme a la Constitución—) como una finalidad legítima y adecuada al sistema de valores de la *Ley fundamental* ⁽²⁰⁾.

Resta al analista diseccionar el elenco de *desigualdades constitucionalmente ilegítimas* (i.e.: *discriminaciones*) sobre los que la jurisprudencia del TS viene vertiendo una doctrina uniforme y sostenida de rechazo. Nos encontramos, así, en dos subniveles de análisis: uno, primero, el que atañe a los motivos de discriminación explícitamente proscritos por el constituyente (*sexo, raza, religión, credo, creencia, opinión, ideas, nacimiento, estado civil, procedencia geográfica, residencia y militancia política o ideológica*, ex arts. 14, 16, 23, 28, 32,

(19) Cfr. el comentario suscrito por el Prof. M. Aragón Reyes a la primera sentencia del TC sobre eficacia temporal —y “retroactiva”— de la Constitución (STC de 2 de febrero de 1981), en *REDC* n° 1, 1981.

(20) Ver E. Alonso García: “El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española”, en *RAP* n° 100, 1983.

39 y 139 CE); y otro, segundo, el que atañe a los motivos de discriminación implícitamente proscritos por el constituyente (*ex art. 14 in fine: (...) “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*).

El seguimiento de las líneas jurisprudenciales propuestas podría hacerse, a su vez, a la luz de dos vetas principales de aproximación: una, la relativa al *motivo discriminatorio* que se intenta conjurar con la referida línea de jurisprudencia uniforme; y otra, la relativa al orden jurisdiccional (*civil, penal, contencioso, social y militar*) en el que se vierte la misma.

Compatible con una y otra, la aproximación puramente *cronológica* nos permite, en tercer término, dar cuenta de la componente progresiva-evolutiva a la que hemos aludido con anterioridad, toda vez que los perfiles de los que ahora dispone la doctrina del TS no han sido establecidos de un golpe ni tampoco de manera absolutamente ajena a oscilaciones varias, resistencias y titubeos que no conviene ignorar. La sobrevisión teórica, por necesidades de síntesis, procede, desde nuestra óptica a través de una adecuada combinación de los enfoques material y cronológico (—esto es, de la lectura de los principales dictados en los diferentes órdenes de la jurisdicción de acuerdo con su secuencia histórico-temporal—), partiendo de la convicción de que el criterio *material* (—la naturaleza civil, penal, laboral o administrativa de los litigios de fondo—) nos permitirá introducir las oportunas referencias al tratamiento sistemático de los diferentes motivos de discriminación, entre los cuales, sin duda, sobresaldrá en todo caso el relativo al sexo y a la discriminación basada en este factor expresamente proscrito por la Constitución.

4.5. La secuencia del razonamiento hermenéutico.

Así ocurre, desde luego, en la aproximación a la jurisprudencia de la Sala I del TS, en materia *civil*. La presencia de discriminaciones por razón del sexo es componente recurrente de la litigiosidad en negocios jurídicos iusprivados, especialmente en lo que hace al Derecho de familia.

Las oscilaciones constatables hacen referencia al discurso que doctrinalmente edifica la idea de racionalidad en la determinación de diferencias *de hecho* jurídicamente relevantes. Como anticipábamos, la secuencia lógica de este discurso podría descomponerse en los siguientes elementos: a) constatación fáctica de las diferencias “de hecho” (ej.: la mayor proximidad de los niños a la madre en la primera infancia—); b) deducción de un régimen jurídico de los deberes paternales para con la descendencia racionalmente diferenciado (—esto

es, no disparatado ni absurdo, sino fundado en la racional extracción de consecuencias de la diferencia de hecho—); c) *razonabilidad* de la concreta determinación de *diferencias de Derecho* en los regímenes jurídicos de las distintas situaciones jurídicas subjetivas (ej.: derecho preferente de la madre a conservar la tutela de los hijos menores de siete años en caso de separación matrimonial); d) *proporcionalidad* de la concreta medida de carácter normativo tendente a cristalizar la diferencia de Derecho (—adecuación de la misma al objetivo perseguido o finalidad legítima y constitucionalmente lícita que el legislador ha estimado para la fundamentación de la diferencia de trato—).

En función de estas premisas, parámetros notablemente tributarios de la prolongada labor de construcción doctrinal (—de teoría del Estado constitucional de Derecho, y, por qué no decirlo, de verdadera filosofía política y jurídica en torno a los fundamentos de la legitimación del Derecho democrático—) desarrollada a lo largo de las cuatro últimas décadas, dentro de las coordenadas del denominado ciclo constitucional de la II Postguerra (—y coincidiendo, obviamente, con la institución del TEDH y de los Tribunales Constitucionales germano-federal e italiano—), han pasado así a integrar no ya la razón hermenéutica de nuestro propio TC, sino, inevitablemente, de nuestro inveterado órgano capital de la Justicia ordinaria, vale decir, del TS ⁽²¹⁾.

También éste, por lo tanto, ha aprendido a hacer frente a la tesitura de enjuiciar la licitud constitucional de los fines a los que el legislador apunta al acometer la función de proveer regulación general, objetiva y en abstracto a las diversas relaciones intersubjetivas planteables en la experiencia vivida de las instituciones. Tal es, precisamente, la base objetiva sobre la que opera su declarada capacidad para anudar consecuencias jurídicamente determinantes (—validación jurisdiccional vs. anulación y/o inaplicación) sobre las normas reputadas como injustificadamente discriminatorias por desprenderse de datos de hecho patentemente carentes de relevancia jurídico-constitucional ⁽²²⁾.

4.6. Función jurisdiccional y modulación aplicativa de la Constitución.

De acuerdo, pues, con la sostenida doctrina de este Alto Tribunal, el principio de *no discriminación* no es una recta y simple consecuencia de la

(21) Por todos, ver E. Alonso García: *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid 1984; P. Pérez Tremps: *TC y Poder Judicial*, CEC, Madrid 1985.

(22) Vid. J. Suay Rincón: *El principio de igualdad en la Justicia Constitucional*, IEAL, Madrid 1986.

idea-fuerza de la *igualdad*, sino una aplicación *dinámica y modulada de dicha idea informadora de la función jurisdiccional* ⁽²³⁾.

4.7. Importancia de las causas fundamentadoras de la discriminación.

Como se ha señalado, el elenco de las causas discriminatorias que de la Constitución se desprende —centrándonos, naturalmente, en el Título I en cuanto configurador de una estructura dogmática en torno a un sistema abierto de DF y LP con vocación sensiblemente *garantista*— no es un elenco *tasado*. Del mismo modo que las cláusulas definitorias del régimen y contenido sustancial de la tutela y salvaguardia de la dignidad humana (art. 10.1 CE) no forman un *corpus cerrado* (—piénsese en las remisiones a los Convenios y Tratados sobre Derechos del Hombre y sobre la protección de las Libertades fundamentales operadas en virtud de los arts. 9, 10.2 y 93 y ss. CE—), así el principio de igualdad actúa flexiblemente en sede jurisdiccional.

Prueba de ello lo es el que, aun cuando el art. 14 CE incluye una serie de supuestos de discriminación verdaderamente *típicos* tanto en lo que concierne a la praxis y experiencia histórica de la discriminación jurídicamente afirmada, cuanto en lo que concierne al estudio comparado, jurídico y sociológico, de la fundamentación de la discriminación (—a saber: *nacimiento, raza, sexo, religión, opinión*—), el art. 14 es, sin lugar a dudas, el más recurrentemente esgrimido en las argumentaciones y alegatos de las partes pleiteantes y en los *considerandos* de las resoluciones. Con toda probabilidad, sólo el art. 24 CE —con contenidos garanciales análogamente plurisésmicos y de estructura compleja— resulta equiparable al 14 en su multiplicada presencia en los más varios frentes y tipologías litigiosas. Quiere decirse con ello que, como han afirmado en reiterada doctrina los tribunales supremo y constitucional (—así, sus tempranas sentencias de 5 de mayo-80 y 2 de febrero-81—), el art. 14 no contiene un elenco *tasado y rígido de causas de discriminación constitucionalmente proscritas*, sino un enunciado clave o maestro para la ampliación, por vía jurisdiccional, de cuantas manifestaciones derivativamente discriminatorias pudieran también proscribirse por la vía de la cláusula constitucional abierta con que se cierra el precepto (—... “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”). Es, pues, esta cláusula abierta un capital punto de apoyo para la acción de aplicación e interpretación de la Constitución directamente

(23) Acúdase, a este respecto, a los desarrollos teóricos suscritos por E. Roca Trías (“Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad”, en *Rev. Jur. Cataluña* nº 4, 1986, pp. 847 ss.) y J.A. Xiol Ríos (“El precedente judicial en nuestro Derecho: una creación del TC”, en AA.VV.: *PJ, DG. Cont.*, 1986, Vol. 3, pp. 26 ss.).

normativa por parte del juzgador de la Justicia ordinaria. Y muy particularmente, como no podía ser menos, para el órgano que se halla en la cúspide de su organización en los diversos órdenes de la Jurisdicción, *i.e.*, el TS.

Era, por tanto, inesperable que el art. 14 no se destacara de forma prácticamente inmediata como basamento de altísimos índices de litigiosidad, especialmente ante las Salas del TS, a las que se recurre en casación por infracción ya de “doctrina legal” ya de jurisprudencia, una vez insatisfecha la pretensión de sustanciar un “derecho a un trato igual” ante el juzgador de instancia.

También por ello la idea-fuerza de que venimos ocupándonos ha devenido, sin duda, un verdadero *factor de desestabilización* de la capacidad empírica y material de la organización judicial española de hacer frente al incremento netamente geométrico de la litigiosidad en los diferentes órdenes jurisdiccionales: en una importante medida, el auge de las relativas curvas de conflictividad instada ante tribunales es una recta consecuencia de la alegada violación y/o vulneración del mandato constitucional de protección de la igualdad y de la correlativa proscripción de la discriminación irrazonable e ilegítima.

4.8. Igualdad “formal”, igualdad “material” e igualdad “real y efectiva”.

También en la jurisprudencia del TS, en sus diferentes órdenes, se ha afirmado poco a poco la tendencial diferenciación entre *igualdad formal* e *igualdad material*, admitiendo esta última una (en exceso sutil) subdiferenciación entre *igualdad sustancial* e *igualdad “real y efectiva”* (art. 9,2 CE). Sin duda, son éstos conceptos que merecen revisión.

Resulta curioso, ante todo, que en el seguimiento de la jurisprudencia relativa a las distintas versiones de la igualdad precitadas se descubra una secuencia que es del todo diferente a la habitual en doctrina: así, la *igualdad material* (*i.e.* la *igualdad en la Ley*, o *en los contenidos materiales de la Ley*) se considera un paso previo respecto de la “formal” (*i.e.*: el trato “igual en la aplicación jurisdiccional de la Ley, vale decir, en conformidad con los mismos parámetros hermenéuticos y con una sostenida doctrina jurisdiccional, aun cuando los resultados de la acción de enjuiciamiento sean diferentes entre sí, y aun cuando las consecuencias de la decisión del caso sean del todo diversas”) ⁽²⁴⁾.

(24) Sobre esta contraposición de extraordinario interés, acúdase a A. Ollero: *Igualdad en la aplicación* (...), cit., pp. 19 y ss.

Es llamativo constatar que, bajo esta perspectiva, la “*igualdad material*” se asimilaría a lo que en la doctrina constitucional-jurisprudencial americana se conoce como dimensión “sustancial” de la *Equal Protection of the Laws* (XIV Amendment, Const. USA), mientras que la “formal” se equipararía a la dimensión “procedural” directamente coligable al derecho a la tutela judicial efectiva que en el sistema americano cobra cuerpo en las Enmiendas VI y XIV mientras en nuestro ordenamiento anidan en el importante art. 24 CE. En todo caso, ambas resultan de alguna manera ajenas a lo que cierta doctrina ha identificado habitualmente con la idea de la “igualdad material” teóricamente oponible a la “formal” del art. 14 CE: se trataría de la alusión a la “igualdad real y efectiva” contenida en el art. 9.2 CE. No creo que existan obstáculos para afirmar que el mandato que este último precepto vierte sobre los “poderes públicos”, en orden a la “promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas”, entraña, en puridad, una norma de carácter emblemáticamente finalista y de vocación programática. No quiere ello decir que la Constitución responda a esta naturaleza, sino que en su estructura se contienen enunciados de esta índole especial, cuyo vigor normativo se sustanciará a través de la legislación y del Derecho positivo que en cada momento histórico concrete esas exigencias de acuerdo con las condiciones objetivas del sistema. Y es obvio que, en esta cuestión, es conveniente hacer referencia adyacente a la eventual necesidad de *interpositio legis* en la vehiculación de la proyección normativa de la idea-fuerza de igualdad en las relaciones jurídicas intersubjetivas ⁽²⁵⁾.

Un buen punto de partida para esta interpretación estriba en la determinación constitucional (ex art. 9.2 CE) de una actividad mediadora de los poderes públicos como deber enderezado a la realización de la *igualdad real y efectiva*. Y, desde esta perspectiva, la prohibición constitucional de discriminación actúa a modo de puente entre igualdad “formal” e igualdad “sustancial”, coadyuvando a la interconexión de ambas. La razón es que el principio de no discriminación es también él un criterio complementario para el restablecimiento de la razonabilidad de las diferencias jurídicas en el tratamiento de distintas relaciones intersubjetivas, tanto en la conformación de la legislación infraconstitucional cuanto en lo que hace al diseño jurídico del procedimiento jurisdiccional en el que se sustancian todos y cada uno de los concretos derechos subjetivos a obtener judicialmente un *trato igual*.

(25) Ver, en este sentido, el excelente análisis de J. Jiménez Campo: “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *REDC* nº 9, 1983.

El deber de promover la precitada igualdad *real y efectiva* presta, pues, el punto de impulso constitucional a la acción de los poderes públicos encaminada a asentar espacios de realización de una igualdad sustancial por medio del expediente de la tutela judicial antidiscriminatoria. Una estimable expresión de la directriz descrita la constituye la línea doctrinalmente conocida como de “*affirmative action*” en la ciencia del Derecho constitucional americano. Se trata, pura y simplemente, de la formalización de una acción *afirmativa* por los poderes públicos tendente a la eliminación de toda discriminación irrazonable e ilegítima. La *juridicidad* de la *diferenciación*, es, pues, la piedra de toque de la igualdad compatible con el distinto tratamiento de situaciones distintas, en función del *razonable y legítimo* parámetro de la diferenciación. Tanto el art. 9.2 como el 14 CE se han hecho así merecedores de patrones hermenéuticos conceptualmente “autónomos” —relativamente perfilados de forma diferenciada— en una variedad de frentes: uno, en lo que concierne a la definición de la “discriminación” como concepto jurídico meridianamente discernible respecto del relativo a la “diferenciación”; otro, en lo que concierne a la determinación de los criterios hermenéuticos regularmente aplicables para con cada uno de los motivos específica y explícitamente mentados en la redacción del paradigma del art. 14 CE; otro, en fin, en lo que hace a la determinación del alcance de la tutela judicial antidiscriminatoria eventualmente impetrable de la organización jurisdiccional española en cuya cúspide se encuentra ese órgano complejo que es el Tribunal Supremo ⁽²⁶⁾.

Pasamos ahora a exponer una sobrevisión de algunos pronunciamientos señeros en la doctrina del TS en aplicación del principio constitucional de igualdad. Nuestra lectura se apoya en la estructuración interna del propio alto tribunal, en la que se diferencian —con base en un criterio lógico de especialización material— los denominados órdenes de la Jurisdicción. Como se anticipó, la especialización por *Salas* es prácticamente simultánea al surgimiento histórico de la institución; no así su configuración actual, obedeciente al dictado de la actual redacción del art. 55 LOPJ (LO 6/85), pero cuyo actual alzado sólo se culminaría con la incorporación del orden de *lo Militar* a la organización de la Justicia ordinaria, por medio de la LO 4/87, de 15 de julio, de *competencia y organización de la Jurisdicción Militar*, y con la que se concluyó el “ciclo

(26) En buena medida esta doctrina es producto de trabajosas construcciones del constitucionalismo americano, cuya componente judicial se ha encontrado *ab origine* fuera de toda duda. Véase, sobre este aspecto, L. Tribe: *American Constitutional Law*, Harvard Univ. Press, MASS, 1977; y *Constitutional Choices*, N.Y., 1981. En España, acúdase a E. Alonso García: *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid 1984.

de su adecuación a la Constitución''. Precisamente por el carácter aún muy reciente de esta estructuración, la doctrina relativa a la virtualidad del art. 14 en las materias castrenses no ha tenido tiempo aún de adquirir un perfil significativo. La STS de 30 de septiembre de 1985 (Sala 2, de lo Penal) sentaba ya una doctrina cuya relevancia refuerza el hecho de venir dictada con posterioridad a la promulgación de la LOPJ: la pervivencia del orden jurisdiccional militar no quebranta por sí sola el principio de igualdad, de acuerdo con los criterios de razonabilidad y adecuación a los fines de la institución jurídica sobre los que se sustenta la constitucionalidad de los restantes órdenes y su conjugación con el principio de unidad predicado en la *Lex leguum* (117.5 CE). Posteriormente las SSTs de 11 de septiembre de 1987, 25 y 28 de enero, y de 9 de febrero de 1988 (todas de la Sala 5, de lo Militar, del TS) confirman la incardinación de este específico orden en la doctrina general de aplicación casacional de la Constitución; otra cosa es, sin embargo, que la concreta casuística de estos pronunciamientos (litigios contencioso-militares, en relación con la igualdad en el acceso a los cargos, con el derecho a la participación en los asuntos públicos y con la aseguración de la tutela judicial en los ámbitos castrenses) transmitan a esta doctrina un valor muy relativo, pendiente, en todo caso, de ulteriores desarrollos y profundizaciones.

Nos centraremos, por tanto, en los cuatro grandes órdenes de la tradicional competencia del TS, tanto en su conformidad con la anterior estructura (—seis Salas, de las cuales tres lo eran de *lo contencioso*—), como en su más racional perfil actual, prescrito en el Título IV (Cap. I) de la LO 6/85, que desarrolla el Título VI de la CE.

II. IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY: PRECEDENTE JUDICIAL Y SEGURIDAD JURÍDICA (Consideraciones en torno a diez líneas directivas de nuestra jurisprudencia)

Uno de los puntos realmente capitales en el análisis de la jurisprudencia aplicativa del principio de igualdad radica en la imbricación entre la utilización de este principio de cara a la resolución de litigios judicializados y la atribución de un valor más o menos formal al *precedente judicial* en combinación con la exaltación constitucional del principio de *seguridad jurídica* (art. 9.1 CE).

Tiene que ver con ello la estrecha interconexión filosófico-jurídica entre los grandes valores u opciones axiológicas de un ordenamiento jurídico (—como

la que en nuestro ordenamiento entrañan la exaltación de los valores *igualdad, libertad, justicia y pluralismo*—) y la realización de otros “principios” de rango teóricamente inferior pero en puridad indisociables del Estado de Derecho, tal y como sin duda lo son el de sujeción y atenuamiento a la Ley por los poderes públicos y el de seguridad jurídica (arts. 9.1 y 117.1 CE). La identificación de la “discriminación” como *desigualdad injusta* presta una buena ocasión para poner en relación las ideas de “sujeción al imperio de la Ley” o a la *legalidad* y de “igualdad ante la Ley” o “en la aplicación de la Ley” con la necesidad de afirmar unos *criterios* o *patrones* por los que la aplicación jurisdiccional *uniforme de la legalidad* contribuyan a afianzar tanto el *valor Justicia* cuanto la *seguridad* y la *confianza ciudadana* (la del justiciable, en suma) en el Derecho mismo (—obsérvense las mayúsculas—) a través de una adecuada, segura, fiable y predecible satisfacción de su *derecho* por medio de la *justicia* (ahora, ambos, con minúscula) ⁽²⁷⁾.

La operación de interpretación judicial de la Ley —uno de los momentos fuertes de los modernos desarrollos de la teoría y de la ciencia del Derecho— debe, así, desarrollarse tanto en combinación con la necesaria superación de la obsoleta doctrina de la “aplicación mecánica” o “muda” de la Ley, cuanto en conjugación con la preservación de los principios de *seguridad jurídica* y de *justicia objetiva e igualitaria para todos*. La conexión entre uno y otro puntos exigirá, inevitablemente, un tratamiento renovado de la noción de *precedente* y del *valor positivo de la jurisprudencia*. Ambas tareas van a ser abordadas paralelamente por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional. De sus pronunciamientos más relevantes a este efecto se desprenderán los principios que a continuación se exponen ⁽²⁸⁾:

1) El principio de igualdad no exige idéntica resolución de los supuestos de hecho *alegadamente iguales* simplemente en atención del carácter *alegado* de la identidad de supuestos. Corresponde al órgano judicial discernir, en cada caso, los fundamentos objetivos y razonables de identidad o de diferencia de supuestos, así como determinar las precisas consecuencias jurídicas de tal discernimiento ⁽²⁹⁾.

2) En la medida en que quedan prohibidas las discriminaciones arbitrarias (—esto es, las injustas, o no razonablemente justificadas) corresponde al

(27) Cfr. A. Ollero Tassara: *Igualdad en la aplicación de la Ley y precedente judicial*, CEC, Madrid 1989, autor al que, en general, seguimos en este punto.

(28) A. Ollero Tassara, *Igualdad en la aplicación (...)*, cit., pp. 47 a 71.

(29) Ver, por ejemplo, SSTs de 5 junio (Sala 3ª) y 29 noviembre 82 (Sala 6ª); 11 marzo (Sala 3ª), 22 abril (Sala 2ª) y 11 octubre 83 (Sala 3ª), 5 junio (Sala 3ª) y 23 octubre 84 (Sala 2ª).

órgano judicial explicitar y explicar (—dos cosas bien diferentes—) la diferente *solución jurisdiccional* de los casos que emanen de su competencia, especialmente en aquéllos donde se produzca *aparente desatención del precedente* ⁽³⁰⁾.

3) Una teoría jurídica del *precedente* en conformidad al concreto ordenamiento jurídico-constitucional español ha tardado en adquirir cierto rigor conceptual. Y ello debido tanto a la imprecisa presencia de un referente ideal manifiestamente ajeno a los condicionamientos de nuestro particular sistema (—y consistente, como es notorio, en la elaborada doctrina del *precedente* anglosajón como fuente *judicial* de Derecho *positivo*—) cuanto a las propias rémoras dogmáticas de la tradición *legislativa* en la que nos inscribíamos.

Ello explica las serias dificultades con que nuestros jueces y tribunales han debido enfrentarse a la hora de tratar el valor del precedente, ubicándolo en nuestro sistema de Derecho positivo sin grandes quiebras conceptuales pero sin negar tampoco la más palmaria evidencia: vale decir, la necesidad de *fundamentar y explicar el sentido ajustado* del aparente apartamiento de una doctrina afirmada previamente. La misma necesidad de una *igualdad de trato en la aplicación jurisdiccional de la Ley* fuerza a la jurisprudencia a teorizar sobre el carácter conceptual y funcional de los llamados *precedentes* ⁽³¹⁾.

4) En este sentido, el TS —guiado, una vez más, de la pionera doctrina del TC— ha afirmado que para que pueda hablarse de verdadero *precedente* debemos hallarnos ante pronunciamientos del *mismo órgano judicial* ante el que se sustancia el caso de referencia ⁽³²⁾.

5) Debe tratarse, además, de *casos sustancialmente iguales*. En puridad, sólo después de *constatar la similitud de supuestos* comienza a jugar el alcance normador del *precedente*. Por ello mismo, se exige al juez o tribunal un “juicio calificador” sobre los presupuestos objetivos del litigio antes de acometer la labor de enjuiciamiento y resolución del mismo. En lógica consecuencia, *también* sobre este “juicio previo” podrán producirse impugnaciones de tipo casacional o incluso constitucional cuando las partes litigantes no hallaren el

(30) SSTs 13 octubre (Sala 6ª) y 4 noviembre (Sala 3ª) 83; 19 junio (Sala 6ª) y 22 junio (Sala 6ª) 84; 14 mayo (Sala 5ª), 28 mayo (Sala 3ª), 31 mayo (Sala 3ª, en materia tributaria) 85; 16 marzo y 11 septiembre 87 (Sala 5ª).

(31) SSTC 29 mayo 82 (Sala 3ª, interesante decisión en la que el TS afirma que no hay “discriminación” cuando un tribunal de instancia aplica una ley que no aplicó en un precedente habiendo debido hacerlo: no hay “derecho a la igualdad en la ilegalidad”); 11 marzo (Sala 3ª) y 4 noviembre 83 (Sala 3ª); 28 noviembre 84 (Sala 4ª); 15 y 16 abril y 28 mayo 85 (Sala 3ª); 3 marzo 87 (Sala 5ª); 9 febrero 88 (Sala 5ª).

(32) STS 29 mayo 1982 (Sala 6ª); 5 junio 82 (Sala 2ª); 4 noviembre 83 (Sala 3ª).

resultado bien “ajustado a Derecho”, bien favorable al interés y a la confianza depositada en la alegación de identidad de supuestos alegada⁽³³⁾.

6) El “juicio de identidad” habrá de establecerse, además, sobre un *término de comparación* aportado por el propio recurrente, sobre quien —en las palabras de la STC 142/85, FJ 1— “recae la carga de aportar los precedentes de los que la resolución atacada se haya separado”.

Son igualmente numerosos los litigios en los que el núcleo de la pugna se encuentra, precisamente, en la discutida suficiencia de la alegación de “identidad de supuestos” ante el órgano juzgador de que se trate. Piénsese, por ejemplo, en la recurrencia con la que el TS ha debido enfrentarse a la alegación de pretendidas “desigualdades” surgidas de la determinación por vía jurisdiccional de diferentes consecuencias penales ante conductas *aparentemente* “iguales” (—abstracción hecha del margen del que el juzgador dispone para la apreciación de condiciones objetivas o circunstancias objetivas que *fundamenten y expliquen* la diferente solución adoptada finalmente—). Piénsese, del mismo modo, en la frecuente alegación del trato hipotéticamente diverso (*i.e.*, más satisfactorio para su pretensión) al que se habría recibido de haber, alegadamente, mediado “otra” circunstancia a la que se considera como apoyatura para una “arbitrariedad”. Piénsese, finalmente, en la ingente cantidad de jurisprudencia vertida por el TS frente a pretensiones basadas precisamente en alegadas “quiebras de jurisprudencia” que de una u otra forma remiten a una deficiente comprensión de la doctrina del valor del precedente, en cuya sintomatología destaca con mucha frecuencia la pura y mera discrepancia en la apreciación de los hechos⁽³⁴⁾.

7) El principio de “igualdad en la aplicación judicial de la Ley” debe circunscribirse a la *desigualdad* en la *aplicación de una norma*, y no en la *apreciación de otros elementos jurídicamente relevantes* (tales como, por ejemplo, la procedibilidad de trámites incidentales o dilaciones procesales)⁽³⁵⁾.

8) La postulación del principio de “igualdad ante la Ley” *no puede jamás servir de apoyo para la pretensión de una suerte de “igualdad fuera de la Ley”*, traducible, en términos prácticos, en la frecuente pretensión de que

(33) SSTs 16 de enero, 21 marzo y 14 mayo 85 (Sala 3ª); 10 julio 85 (Sala 4ª); 3 marzo 87 (Sala 5ª).

(34) SSTs 4 noviembre 83 (Sala 3ª); 28 y 29 mayo, y 4 junio 85 (Sala 3ª); 18 diciembre 85 (Sala 6ª); 20 enero 86 (Sala 5ª: muy interesante decisión sobre la aplicación de la Constitución a actos preconstitucionales que no hayan agotado sus efectos); 9 febrero 88 (correctas consideraciones sobre la ejecutividad de las SSTs).

(35) SSTs de 12 de junio (Sala 5ª) y 4 de julio 87 (Sala 3ª).

la norma jurídica no se aplique a un demandado o imputado mientras no se aplique al mismo tiempo y con *igual* intensidad a todas las personas alegada o aparentemente situadas en posición similar *frente a* la legalidad.

9) En el ámbito contencioso-administrativo, el TS ha afirmado una interesante doctrina acerca de la apreciación de la identidad de supuestos: el “precedente” administrativo que no ha sido sancionado por resolución judicial *no puede prevalecer frente al que ha obtenido la fuerza de una sanción judicial*: ésta obligará, por tanto, a la revisión del criterio anteriormente utilizado por parte de cada órgano administrativo a la hora de *aplicar* la norma ⁽³⁶⁾.

10) La exigencia de “igualdad en la aplicación del Derecho” exige un co-tejo de los casos encausados a los que no puede permanecer ajena la dimensión interpretativa —y, al decir de algunos, creadora de Derecho— de la función judicial, especialmente en lo que hace a la casación con fundamento constitucional directo (arts. 5, 6 y 7 LOPJ) y en el tratamiento de los DF y LP (arts. 9.1, 53.1, 161 y 162 CE). La inevitabilidad de una cierta implicación de la Justicia ordinaria (—especialmente en el nivel del Tribunal Supremo—) con la función de dictar *juicios sobre juicios*, comporta también una cierta difuminación de la frontera entre esta jurisdicción y la constitucional. Aparte los problemas dogmáticos que todo ello suscita ⁽³⁷⁾, es evidente que esta línea doctrinal-jurisprudencial supone igualmente hacer frente a desafíos *prácticos* de estimable envergadura ⁽³⁸⁾.

Piénsese, así, por ejemplo, en toda la problemática de las *Leyes singulares* (las “Leyes medida” del ordenamiento italiano) o “leyes de caso único” de cuyas consecuencias y de cuya adecuación y ajuste al ordenamiento debe en algún momento dar cuenta el Poder Judicial (—ej.: la doctrina jurisprudencial de contradictorio contenida en el “reguero” de sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid acerca del complejo proceso de reprivatización y pretendida reversión de las empresas anteriormente integradas en el *holding* de *Rumasa*—) ⁽³⁹⁾. Y aún más delicado: piénsese en el reproche efectuable al juzgador que no interpone una “distinta aplicación” de un determinado precepto,

(36) SSTs 4 noviembre 83 (Sala 3ª); 31 mayo, 23 octubre, 12 de noviembre y 16 diciembre 85 (Salas 3ª, 4ª y 5ª); junio 87 (Sala 5ª); 25 enero y 9 febrero 88 (Sala 5ª).

(37) Cfr. M.A. Aparicio: “La aplicación de la Constitución por los Jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, en *RCEC* n° 3, 1989, pp. 35-53.

(38) Cfr. J.F. López Aguilar: “Problemas en la garantía y protección judicial de los DF y LP”, en *Anuario de Derecho Público de la Universidad de Granada*, 1990, pp. 75-40.

(39) Cfr. G. Ariño Ortiz: “Leyes singulares, Leyes de caso único”, en *RAP* n° 118, enero-abril 1989, pp. 57 ss.

sino un “distinto entendimiento del ámbito personal de aplicación del precepto”⁽⁴⁰⁾. En este terreno, el TS ha declarado que para la estimación positiva de la identidad de supuestos es necesario que los rasgos de identidad coadyuven de manera decisiva al razonamiento jurídico que guía hacia la resolución concreta de que se trate.

11) La agregación de los principios anteriormente detallados conduce de rechamente a la explicitación de dos importantes conclusiones: A) La verificación de un eventual *cambio de criterio* o de *línea jurisprudencial* por parte de un órgano judicial respecto de los dictados de sus pronunciamientos previos exige una operación de *fundamentación* y de *explicitación* del aparente “apartamiento” o del controvertido cambio por parte del órgano, en modo tal de alejar y conjurar toda sospecha de *desigualdad arbitraria* en la *aplicación uniforme e igualitaria de la Ley*. Se trata, pues, de proscribir no tanto la modificación del propio criterio formal de resolución de conflictos cuanto la modificación *inadvertida o inconsciente* de la jurisprudencia.

B) En la experiencia jurídica, la eficacia práctica de los principios aquí desgranados depende del propio *modelo de organización de la jurisdicción* (i.e.: de la definición de una *jerarquía judicial* con pertinente traducción en la determinación de la *jurisprudencia* y del *valor* de ésta como fuente del Derecho), así como de las líneas de influencia y de interpenetración doctrinal-jurisprudencial establecidas entre órganos, bien a través de canales *formalizados* (recursos), bien a través de canales de carácter principal (seguridad jurídica, unidad de la Jurisprudencia y del sistema de Derecho; predictibilidad de las resoluciones judiciales ajustadas al sistema de Derecho) con las que se comuniquen todos los órganos judiciales y los demás poderes públicos⁽⁴¹⁾.

III. UNA SOBREVISIÓN SECTORIAL: LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Es sabido que uno de los principales rasgos de la proyección normativa de la Constitución en el período inmediatamente sucesivo a su promulgación

(40) Ver A. Ollero Tassara: *Igualdad en la aplicación de la Ley y precedente judicial*, CEC, 1989, pp. 26 y ss., trabajo al que, por lo demás, venimos siguiendo en este punto.

(41) Cfr., una vez más, A. Ollero Tassara, *Igualdad en la aplicación (...)*, cit., especialmente en los párrafos intitulados “Del juez arbitrario al juez inconsciente” (pp. 59 a 61) y el Capítulo 3: “¿Es el precedente judicial fuente del Derecho?”, pp. 73-103.

lo fue, emblemáticamente, el de la bifurcación de su primera intelección jurisprudencial. De un lado, la Justicia ordinaria española, por su tradición histórica, por su configuración estructural-orgánica e incluso por la extracción socio-cultural e ideológica de sus integrantes, se hallaba en una disposición difícilmente empeorable para la asunción de la *Norma suprema* del ordenamiento como tal ⁽⁴²⁾: ni otorgaban naturaleza normativa a la Constitución (—aún en 1982 es posible detectar alusiones al carácter “político” o “programático” de la Constitución en la jurisprudencia del TS ⁽⁴³⁾—) ni estaban tampoco preparados para la dimanación de una jurisprudencia acorde con los valores y patrones hermenéuticos propios de la Justicia constitucional comparada ⁽⁴⁴⁾. De otro lado, el recién instituido Tribunal Constitucional ⁽⁴⁵⁾ se esforzó desde un principio por imbuir a los órganos judiciales ordinarios de la nueva doctrina constitucional, tal y como demuestra la muy temprana STC 8/81, de 2 de febrero (Vid. FJ 6).

Este solo factor explicaría de por sí buena parte de los datos que arroja cualquier seguimiento de la jurisprudencia del TS en aplicación de la doctrina constitucional de igualdad. En una primera fase (1980-1983), las distintas Salas del TS incorporan sin entusiasmo referencias saltuarias a la *Ley fundamental*, aun cuando sin extraer excesivas consecuencias de unas remisiones que piensan más en la *formal* “toma en consideración” del dato constitucional (el art. 14), que en apurar su contenido e implicaciones sustanciales. De ahí que, en la fase inicial de este primer período, las referencias al art. 14 hayan tendido más a significar su carácter “directivo” o “programático” —a la espera de las *normas* civiles y laborales que lo hicieran “aplicable”— que a dar fundamento directo a una resolución. A partir de una segunda fase (1984-1990), las imbricaciones entre la jurisprudencia del TS y del TC resultan mucho más estrechas, dándose

(42) Sobre la disposición marcadamente renuente de la judicatura y magistratura españolas a la asunción de los valores y principios coesenciales al hecho constitucional, debe acudirse a la línea de investigación abierta por el Prof. Ruiz Rico (junto a M. Huertas Contreras y M. Vera Padial) en la Universidad de Granada. Véase, en particular J.J. Ruiz Rico: “El juez español: un problema abierto a la investigación”, en *Anuario de Derecho Público*, Univ. Granada, 1988; y el n° 53 (Monográfico) de la revista *Documentación Jurídica* del M. Justicia, 1989.

(43) Cfr., por ejemplo, las SSTs de 4 de marzo y 3 de mayo de 1983 (Sala 2ª, de lo Penal), o el Auto de la misma Sala de 5 de noviembre de 1980.

(44) Cfr., en este sentido, M. Cappelletti: *The Judicial Process in Comparative Prospective*, Oxford Univ. Press, 1989.

(45) La Ley reguladora que desarrolla el Título IX CE es la LO 2/79, de 3 de octubre (aprobada en simultaneidad a la LO 1/79, *General Penitenciaria*, con la que constituye el primer “desarrollo” legal de la Constitución). A partir de tan temprana puesta en funcionamiento (—tanto el TCF germano federal como la Corte italiana tardaron varios años en ser puestos en marcha—). El TC dictaría su primera sentencia el 26 de enero de 1981.

incluso el caso de llamativas avanzadas de la doctrina del Supremo en materia de igualdad respecto a los corsés y patrones de autocontención (*self-restraint*) del TC: buen ejemplo de ello lo suministra el tratamiento del derecho a la igualdad en relación con problemas de sucesión nobiliaria (vid. SSTs de 20 de junio y 27 de julio de 1987, Sala 1 ⁽⁴⁶⁾) o el de ciertas proyecciones de la eficacia del principio en las relaciones jurídicas entre particulares (STS 8 de julio de 1985).

En todo caso, y a partir de la especialización por Salas de la doctrina del Supremo, se ofrece seguidamente una revisión sintética de algunos jalones destacados de la jurisprudencia aplicativa del art. 14 CE.

1. La jurisprudencia dictada por la Sala 1, de lo Civil.

No es de extrañar que en el campo propio de una Sala especializada en la materia civil la jurisprudencia aplicativa del art. 14 CE no sea especialmente abultada. No cabe ignorar que éste es el ámbito natural de realización del principio de autonomía negocial de los particulares, fruto del reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la capacidad de éstas de consentir lícitamente a la conclusión de contratos y a la adquisición de obligaciones. De hecho, esta salvaguardia de los principios tradicionales de la relación iusprivada es aún mucho más intensa en esta Sala 1 que en la materia laboral que es propia de la Sala 4 (anteriormente, la 6), toda vez que en el terreno de los derechos sociales de los trabajadores es mucho lo que el Estado, en su dimensión social tuitiva e interventista, ha afirmado en lo que atiene a un suelo de Derecho objetivo indisponible a las partes.

El punto más interesante del tratamiento jurisprudencial por el TS de este segmento del Derecho se centra, curiosamente, en el terreno sucesorio. El Derecho sucesorio es —como ha sido siempre— uno de los puntos fuertes de la civilística, y nada hubiese apoyado una penetración del principio de igualdad en este concreto sector de no ser por los problemas presentados por un Derecho especial como es el *nobiliario*. A la afirmación de la posible incidencia de la igualdad constitucional de los sexos en la determinación de la línea sucesoria se ha dedicado una jurisprudencia progresiva, que parte con la STS de 28 de noviembre de 1981, abunda en la de 8 de abril de 1982 (arts. 14, 39.2 y 53.3 CE) y adquiere un punto álgido en las SSTs de 20 de junio y 27 de julio de 1987. Lo realmente relevante de estas últimas sentencias es la *demarche* o

(46) Cfr. el espléndido análisis de J. García Torres: “Sint ut sunt aut non sint: Pequeña contribución jurídico-constitucional al novísimo Derecho nobiliario de creación judicial”, en *REDC* n° 22, 1988, pp. 223 ss.

alejamiento respecto de la doctrina de la importante STC de 24 de mayo de 1982, en la que se daba por sentado que, siendo de por sí un segmento histórico-residual de nuestra tradición jurídica, el Derecho nobiliario no había sido proscrito ni intervenido expresamente por el constituyente, por el que procedía aplicar la máxima “*sint ut sunt aut non sint*” (—“sean como son o no sean”—) antes que desdibujar alguna de sus aristas so pretexto de buscar su compatibilidad con la Constitución: lo que, en definitiva, viene a decir el TC en su sentencia de 1982 que si se admite la “supervivencia” o persistencia del Derecho nobiliario después de la Constitución, esta integración ha de asumirse *in toto* o *en su globalidad*, con sus especialidades incluidas —tal como la preferencia del varón sobre la hembra en la sucesión al título—, sin que resulte procedente interpretar que una institución jurídica tan condicionada por la historia (o, dicho más rotundamente, tan claramente anacrónica) pueda ser retocada en sus aspectos más chocantes sin cuestionar enteramente la disolución del entero orden de la nobleza y de las *grandezas* de España (—una solución, no se olvide, que permanece abierta y enteramente disponible para el legislador como *poder constituido*—).

No es ésta, empero, la línea por la que opta el Supremo en sus SSTs de 20 de junio y de 27 de julio. Esta jurisprudencia ofrece, contrariamente, dos vertientes de interés: *una*, la que se refiere al tratamiento progresivo que en nuestra experiencia jurídica recibe la denominada “*eficacia horizontal de los DF y LP en las relaciones jurídicas entre particulares*” (la *Drittwirkung der Grundrechte*: es decir, la conculcación de la igualdad en relaciones jurídicas que no coimplican al Estado, sino que se sustancian entre sujetos de Derecho privado⁽⁴⁷⁾); *otra*, la que atañería a una interpretación en cierta forma falseada y distorsionada de la validez de los patrones “*formalísticos*” en materia sucesoria, en clara alusión al recurso a la solidez conceptual y a la congruencia dogmática invocado por el TC para explicar la pervivencia de la autonomía sectorial predicable del Derecho de las grandezas nobiliarias en el marco de un moderno Estado constitucional que se autocalifica *democrático* y *social*.

2. La jurisprudencia dictada por la Sala 2, de lo Penal.

Más fácil aún de comprender resulta la escasa entidad de la jurisprudencia apoyada en el principio de igualdad en el orden jurisdiccional de lo penal.

(47) Véase, a este respecto, Juan F. López Aguilar: *Derechos Fundamentales y Libertad Negocial*, M. Just, Madrid 1990; J. Ballarín: “Recensión a la obra *Derechos fundamentales y relaciones jurídicas entre particulares* (de J. García Torres & A. Jiménez-Blanco), en REDC nº 24, 1988, pp. 283 ss.; y sobre todo J. García Torres: “*Sint ut sunt (...)*”, cit., pp. 223 ss., y las referencias y citas allí contenidas.

Y ello porque, aun cuando el *ius puniendi* es potestad distintiva del Estado como centro de imputación de todos los poderes públicos (en relación con los cuales se predica, no se olvide, la irradiación natural de los DF y LP y el deber de su observancia), siendo éste un terreno donde la involucración de la imposición de sanciones (pudiendo éstas comportar incluso la privación de la libertad personal) lo lógico es que la dimensión del principio de igualdad adquiera una utilidad básicamente sustancial —con ciertas repercusiones en el *proceso penal* (—principios de “igualdad de armas”, igualdad en el disfrute de los beneficios procesales y jurisdiccionales—), pero no pueda utilizarse como parámetro firme y cristalizado de cara a la determinación de la concreta solución judicial, del alcance de la condena, de las penas subsiguientes o de las indemnizaciones.

Ello quiere decir sencillamente que, tal y como se desprende de la sostenida doctrina del TS a este respecto, el principio de igualdad no puede argüirse como apoyo para pretendidos derechos “a igual pena” o inclusive a “igual inaplicación de la Ley” o “igualdad fuera de la Ley”, alegatos todos ellos recurrentes en la casuística penal sustanciada ante el Supremo.

Así se desprende de la lectura de las sentencias señeras de su Sala 2, de lo Penal. La STS de 5 de noviembre de 1980 ejercita una temprana interpretación judicial del art. 14 CE (bien que a instancia de parte) por la que se afirma —correctamente, a nuestro juicio— que el derecho al trato igual no es incompatible con la posibilidad jurisdiccional de dictar *penas diferenciadas* para los varios coautores de un mismo hecho, o para los autores de hechos aparentemente idénticos entre sí. El margen determinador de la operación hermenéutica que comporta *per se* toda acción de naturaleza jurisdiccional queda así puesto de relieve con claridad meridiana: por más que la Ley o el conjunto de Derecho positivo aplicable al caso y los sujetos materiales de la operación de enjuiciamiento configuren una especie de “cuadro-tipo” o “abstracto” sobre el que existan precedentes aparentemente idénticos, resta siempre al juzgador un margen concretizador con el que *precisar*, fijar, concretar el *Derecho* de ese caso (*Case Law*), el *alcance de su pena* y la cuantía de la misma. Igual doctrina se desprende de las SSTS de 5 de junio de 1982 (esta vez en relación con el Derecho laboral-penal), y, muy relevantemente, de 22 de abril de 1983.

En este pronunciamiento la Sala 2 se ocupa de la vertiente penal del caso 23-F, a través de una doctrina altamente elaborada de la irradiación del art. 14 en la interpretación del principio de legalidad penal —precipitado directo y capital de la Constitución, art. 25 CE—, al tiempo que se reafirma la posibilidad de modular las penas en atención a los diversos condicionantes objetivos

y subjetivos de imputación e imputado. También las SSTs de 23 de octubre de 1984 y 2 de abril de 1985 abundan en la teoría de la alegada “discriminación” en la imposición de sanciones penales, mediante consideraciones de sobresaliente interés sobre las facultades de la jurisdicción para la modulación de diferenciaciones no discriminatorias. En fin, la STS de 30 de septiembre de 1985 desarrolla una doctrina especialmente valiosa en la imbricación del principio de igualdad en lo penal y la legitimidad constitucional de una “jurisdicción militar” que no es, en propiedad, sino la Jurisdicción en el orden jurisdiccional de lo militar. Doblemente estimable resulta esta jurisprudencia por el momento de su configuración, anterior, como se ve, a la promulgación de la LO 4/87, por la que se consolida la *unidad constitucional de la Jurisdicción* por medio de la creación de una Sala 5, de lo Militar en el TS, como culminación de la organización judicial española en todos los órdenes, sin perjuicio, claro está, del rol garancial del TC.

3. La jurisprudencia dictada por la Sala 3 (ex 3, 4 y 5) de lo Contencioso-Administrativo.

Es ésta, con la *Social*, la Sala que más juego ha dado a la aplicación judicial del art. 14 CE. Son numerosos los campos en los que la Administración y los poderes públicos tropiezan con el dictado constitucional de igualdad. Desde las irradiaciones del principio de igualdad en el acceso a cargos públicos (y mantenimiento en los mismos) a las más rocambolescas alegaciones de un derecho a “trato igual” en el acceso a contrata, en la obtención de licencias o en el padecimiento de expedientes expropiatorios o recaudatorios por las administraciones locales y municipales. Resulta curioso que sea en estos ámbitos tan “pegados a la realidad”, tan próximos al “pie de obra” y, por consiguiente, poco dados a las proclamas dogmáticas y a la afirmación de grandes principios los que primero dan lugar a aproximaciones por parte del Tribunal Supremo (—primeramente por sus Salas 3, 4 y 5; y, con posterioridad a la LO 6/85, por su Sala 3—) al contenido normativo de la igualdad constitucional. Sírvanos como ejemplo las SSTs de 31 de octubre de 1980 y de 27 de noviembre de 1981 (Salas 4 y 5, respectivamente), vertidas la una sobre la aplicación de un Plan municipal de urbanismo y la otra sobre la constitucionalidad de un procedimiento expropiatorio.

En la misma órbita se sitúan las SSTs de 16 de febrero de 1982 (contra el Ayuntamiento de Barcelona) y 29 de mayo del mismo año. Las SSTs de 23 de febrero y 16 de julio de 1982 y 28 de noviembre de 1984 se ocupan, en cambio,

de explicar la proyección de la igualdad en el acceso a cargos públicos. Sobre este punto recaerá una creciente jurisprudencia en una fase ulterior, especialmente a partir de la *LOREG* (LO 1/85, de 19 de junio): piénsese, por ejemplo, en las SSTS de 20 de enero 86; 3, 4 y 16 de marzo 87 (acceso y permanencia en la función pública de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad, arts. 23.2 y 103 CE) 12 junio, 14 julio y 11 septiembre del mismo año (en las que se aborda el tema de la *participación y la representación dentro de las estructuras administrativas*), así como 25 enero de 1988, en la que se relacionan interesantes consideraciones acerca del significado de la mención de la igualdad del art. 137 CE.

Mientras, las SSTS de 6 de julio de 1982, 5 de junio de 1984 y 29 de mayo de 1985 se enfrentan con la cuestión de las implicaciones de la igualdad de los sexos en la determinación de la contratación laboral y de los específicos regímenes laborales. Por su parte, las SSTS de 10 de diciembre de 1982 (igualdad y diferencia de regímenes jurídicos del contratado laboral y del funcionario público), 11 de mayo, 11 de octubre y 8 de noviembre 83 (desigualdad no discriminatoria), 9 de junio 84 y 18 de febrero, 29 de mayo, 23 de junio y 4 de octubre 85 se preocupan por desarrollar una doctrina sostenida acerca de los parámetros de la razonabilidad y la racionalidad de las diferenciaciones de aplicación de los regímenes del funcionariado de acuerdo con los particulares condicionantes de hecho y finalidad objetiva del instituto cuestionado.

Otras sentencias interesantes de este mismo período lo son las de 15 de abril, 28 y 31 de mayo, 4 y 12 de junio, 10 de julio, 23 y 24 de octubre: tanto las de mayo como las de octubre versan sobre la igualdad en materia tributaria, lo que resulta clarificador de cara a la explicitación de la conjugación del debatido respecto a extremos tan concretos de la ordenación fiscal como la determinación de la deuda, el régimen liquidatorio o la pauta temporal para la recaudación.

De igual modo, especial interés revisten los pronunciamientos que ponen en relación el principio de igualdad con los DF y LP que en materia educativa recoge el art. 27 CE: así, las SSTC de 16 de enero de 1985 (alegado “igual derecho” a percepción de subvenciones públicas por parte de centros educativos) y 16 de diciembre del mismo año (libertad educativa, de cátedra y *Drittwirkung* en instituciones privadas).

Son muchos, como puede verse, los puntos sobre los cuales la(s) Sala(s) de lo Contencioso del TS han invocado la irradiación normativa de la doctrina

constitucional de la igualdad, pudiendo decirse que, hoy por hoy, tal garantía se encuentra tan abrigada bajo el paraguas de la "tercera instancia" del TC como bajo el que proporciona el órgano judicial en el que culmina la Justicia administrativa ordinaria: razones muy diferentes a las que justificaron la cristalización del valor de la doctrina constitucional del TC en materia de DF —y no, como en un principio, la mayor probabilidad de obtener resolución favorable a la alegación de inobservancia del principio de igualdad— son hoy las que continúan animando al recurrente a derivar hacia la órbita del amparo constitucional (vía 161.1.b CE y 44 LOTC), sobresaturando a éste en su tendencial dinámica de asfixia funcional⁽⁴⁸⁾.

4. La jurisprudencia dictada por la Sala 4 (ex 6) de lo Social.

Existe igualmente una amplia y prolija jurisprudencia en este litigioso orden de la jurisdicción. La STS de 19 de noviembre de 1982, primera sentencia en sentar las bases doctrinales de la doctrina constitucional de la igualdad en la determinación de los derechos subjetivos de naturaleza *social* y en el orden laboral, reviste, en este sentido, la virtualidad de abundar en la conjugabilidad de aquélla con la existencia de *diferencias de trato o de régimen jurídico* de acuerdo con los parámetros de razonabilidad y de racionalidad. Manifestaciones señeras de esta doctrina sostenida lo son también las SSTS de 19 y 22 de junio y de 2 de noviembre de 1984: en todas ellas se subraya la necesaria conexión de la desigualdad jurídicamente relevante y *no discriminatoria* con su *fundamentación objetiva, razonable y razonada*, vale decir, adecuada a su finalidad.

Especialmente relevantes lo son, inevitablemente, las primeras SSTS que recogen la doctrina del "despido radicalmente nulo" (—una elaboración jurisprudencial del TC, posteriormente trasladada a la Justicia ordinaria y finalmente plasmada en el plano *legal-formal* por medio de su recepción en la reciente Ley 7/89, de *Bases de Procedimiento Laboral*—) como institución diferenciada del "despido improcedente": así, destacan las SSTS de 23 de noviembre de 1981 y de 20 de noviembre de 1982, de 10 y 25 de marzo de 1983, de 13 de octubre del mismo año y de 19 de junio de 1984 (todas de la Sala 6). Y en una análoga onda habrá que tener en cuenta el tenor de las SSTS de 12 de enero, de 25 de abril, de 13 de mayo y de 19 de junio de 1985, todas ellas atinentes a la depuración de la doctrina de la igualdad en la regulación e interdicción de los despidos, especialmente en lo que hace a su imbricación con el sexo como factor

(48) Cfr. F. Santaolalla López: "El recurso de amparo y el desamparo del TC", en RDPol n° 24, UNED, 1987.

de discriminación *explícitamente proscrito por la Ley Fundamental*. Por su parte, las SSTS de 5 de febrero y 22 de octubre de 1985 analizan la proyección casacional de la igualdad (i.e.: su virtualidad como fundamentación de recursos al TS), dando ocasión a subrayar la caracterología de la decisión judicial que *casa* anterior sentencia con base en el art. 14 CE: debe constatarse, primero, una eventual violación de los derechos dimanados del valor de la igualdad según la interpretación jurisprudencial que de éste ha configurado el TC (—principios que adquirirán cristalización formal en la promulgación de la LOPJ —art. 5— y en la nueva redacción del 1692.5 LEC—); debe asegurarse, después, que la decisión judicial encuentra cabal fundamento en la constitucionalidad de la opción legislativa que reclame aplicación concreta como apoyatura de la *solución* del caso.

Por sus implicaciones con la complicada temática de la *Drittwirkung* laboral, merecen mención igualmente las SSTS de 8, 9, 11 y 12 de julio y 30 de octubre 85. A su vez, las SSTS de 16 de febrero, de 26 de septiembre y 18 de diciembre de 1985 desarrollan significativas consideraciones doctrinales acerca de la conexión del principio de igualdad y la naturaleza de la propia *casación* como instrumento técnico-procesal para la aseguración de la *unificación* (procuración de la *unidad* y de la *uniformidad*) de la jurisprudencia aplicativa de la Ley: la *decisión casacional* se reafirma, hoy más que nunca, tras las citadas reformas de la legalidad infraconstitucional, como un instituto garancial de extraordinaria entidad de cara a la verificación del *derecho a un trato igual en la aplicación jurisdiccional de la Ley*.

En fin, las SSTS de 29 de enero y de 19 de febrero de 1985 revisten gran interés en la medida en que contienen sobresalientes referencias a la conexión que existe entre las garantías constitucionales básicas y los institutos *cíviles*, típicamente iusprivados, directamente dimanantes de la construcción dogmática de la autonomía de la voluntad de las partes en el plano negocial (arts. 1.121, 1.124 y 1.125 de nuestro Código Civil, entre otros preceptos de este Texto)⁽⁴⁹⁾.

(49) Cfr., extensamente, sobre todos estos puntos, J.F. López Aguilar: *Derechos Fundamentales* (...), cit., esp. pp. 72-83.

IV. UNA REFLEXIÓN FINAL: LA INSERCIÓN DE LA JUSTICIA Y JURISDICCIÓN ORDINARIAS DENTRO DE LAS COORDENADAS DEL “ORDEN CONSTITUCIONAL”

El constitucionalismo español se había entrenado largamente en el tratamiento de problemas institucionales tales como la definición de las prerrogativas de la Corona o Jefatura de Estado, o como el de la interrelación entre el Gobierno y las Cortes o Cámaras legislativas, o como el de la decantación de un modelo de responsabilidad política *more parlamentario* —esto es, evolutiva y progresivamente disociable de otras formas de responsabilidad, bien sea ésta criminal, bien sea política ante el Rey—.

Lo que desde luego no había cultivado nuestra atrabilaria tradición constitucional había sido un tratamiento normo-institucional mínimamente adecuado de la *Jurisdicción* en cuanto función del Estado destinada a pronunciar Derecho en el caso concreto. Antes bien, las raíces históricas de la Justicia española habían configurado a ésta, durante el largo periplo de nuestra modernidad y nuestra contemporaneidad, cual puro *aparato orgánico*. Un aparato, sí, complejo y plurificado (—en atención al marasmo de las especialidades de la Jurisdicción—), pero dependiente, al cabo, del Poder Ejecutivo. Y un aparato, por demás, carente de cualquier garantía de cara al desenvolvimiento plenamente independiente, exclusivo y excluyente, de la función que, en teoría, compete al Poder Judicial, como “tercer Poder”, desde los mismos orígenes del constitucionalismo: *juzgar, decidir el Derecho* en cuanto *solución última* (*vocacionalmente firme, jurídicamente fundada y jurídicamente razonada*) al *litigio materializado*, velando por la observancia y ejecución de aquélla.

Como resultado de ello, la obra del constituyente español de 1978 rezuma la voluntad de fundamentar finalmente una verdadera y plena Justicia/Jurisdicción, entendida en su acepción de ámbito de realización propia, *excluyente y exclusiva*, de un Poder del Estado de Derecho que la misma *Ley de leyes* ha basamentado y propugna. Poder que, como los restantes, es poder juridificado, e incardinado, por ende, dentro de *una misma fuente de legitimación de valores y de fines*, al tiempo que *proveedora de facultades lícitas para su prosecución*. Un Poder legitimado, pues, en la soberanía popular y democrática, en la que se sustancia, a la postre, toda Constitución plenamente normativa. Un Poder que es, por mor del carácter estructural de la norma fundacional del

Estado, jurisdiccionalizado él mismo. Y un Poder que es, además, independiente en el marco de su inexcusable sometimiento a Derecho.

En este último aserto se encierra, ello no obstante, una componente de indudable complejidad. El “sometimiento a Derecho” implica desgarnar, primero, el sistema de sus fuentes —identificando a un tiempo las claves de prelación entre sus diversos *cuerpos* o segmentos normativos—, para desbrozar, después, las claves de interacción entre la doble condición de la Jurisdicción: como fórmula de sometimiento de todo centro de poder al ordenamiento jurídico pluralista en los niveles orgánico y territorial, y como manifestación de un poder integrador y único —el mismo Estado de Derecho—, superimpuesto a los varios entes de poder político. Y todo ello, además, en obligada consonancia con la caracterización del propio Estado pluriorgánico en cuanto solución *sui generis* al desafío de definir órdenes competenciales jurídicamente firmes frente a cualquier alternativa empírica y/o teórica (léase, en este plano, cualesquiera referencias al Derecho judicial del ámbito comparado). El nuestro es, pues, junto con otros de nuestra órbita europea, un modelo de Estado provisto de una *Justicia ordinaria única y estatal*, en compatibilidad con esa “última palabra” que en sus respectivos niveles de complitud garancial atiende al TC o a los Tribunales europeos de garantías del ámbito internacional y supranacional en que nos insertamos (—notoriamente, del TEDH radicado en Estrasburgo, así como del TJCEE, con sede en Luxemburgo—).

Muchas de estas cuestiones afectan decisivamente el margen de manobra que cumple al Tribunal Supremo —intérprete, también él, de nuestra *Ley fundamental*— al operar con los valores y opciones constitucionales que informan nuestro sistema de Derecho positivo. La enjundia y sustantividad de las respuestas vertidas en tan relevante casuística de litigiosidad como es la que coenvuelve la aplicación judicial del *principio de igualdad*, justifican la atención que este punto ha suscitado entre los seguidores de la evolución doctrinal de nuestro particular acervo jurisprudencial; máxime cuando, como es el caso que hemos analizado, se encuentra tan estrechamente vinculado al contenido esencial o sustantivo de la jurisdicción de orden constitucional.

Estas páginas han querido servir de pie a esa reflexión.

V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALONSO GARCÍA, Enrique: "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución", en *RAP* n° 100, 1983.

— *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid 1984.

APARICIO PÉREZ, M.A.: "La aplicación judicial de la Constitución y la determinación del objeto del amparo constitucional", en *RCEC* n° 3, 1989.

CANO MATA, Antonio: *El principio de igualdad en la doctrina del TC*, EDESA, Madrid, 1983.

CARRASCO PERERA, Ángel: "El juicio de razonabilidad en la Justicia Constitucional", en *REDC* n° 11, 1984.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como Norma y el TC*, Civitas, Madrid 1981.

— "Revolución francesa, Derecho público y Justicia Administrativa", en AA.VV.: *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, CEJ, Madrid 1990.

GARCÍA MORILLO, J.: *El amparo judicial de los DF*, M. Just, 1985.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", en *REDC* n° 9, 1983.

LÓPEZ AGUILAR, Juan F.: *Derechos Fundamentales y Libertad Negocial*, M. Just, Madrid 1990.

— "Problemas en la protección y garantía judicial de los DF y LP", en *Anuario de Derecho Público*, Univ. Granada, 1990.

LÓPEZ GUERRA, Luis: "El TC y el principio 'stare decisis'", en AA.VV.: *El TC*, DG. Cont., Madrid 1981, Vol. III, pág. 1.455.

MONTOYA MELGAR, Enrique: "Ejercicio y garantías de los DF en materia laboral", en *RPol. Social* n° 121, 1978.

OLLERO TASSARA, Andrés: *Igualdad en la aplicación de la Ley y precedente judicial*, CEC, Madrid 1989.

— "Principio de igualdad y teoría del Derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución", en *ADH* n° 4, U.C., Madrid 1986-87, pp. 173 ss.

OTTO Y PARDO, Ignacio de: *Estudios sobre el Poder Judicial*, M. Just, Madrid 1989.

— *Derecho Constitucional (Sistema de fuentes)*, Ariel, Barcelona 1988.

PALOMEQUE, Carlos: *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid 1981.

PÉREZ LUÑO, A.E.: "El concepto de igualdad como fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales", en *ANH*, T. I, 1981.

- *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid 1984.
- PÉREZ TREMPES, Pablo: *TC y Poder Judicial*, CEC, Madrid 1985.
- QUADRA SALCEDO, T.: *Recurso de amparo y DF en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid 1981.
- REQUEJO PAGES, Juan L.: *Jurisdicción e Independencia judicial*, CEC, Madrid 1990.
- ROCA TRÍAS, E.: “Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad”, *Rev. Jur. Cataluña* n° 4, 1986, pp. 847 ss.
- RUIZ-RICO, Juan José: “El Juez español: un problema abierto a la investigación”, en *Anuario de Derecho Público*, Univ. Granada, 1988, pp. 135 ss.
- (*et alii*): *Monográfico sobre las Elites Jurídicas españolas, Documentación Jurídica* n° 53, M. Justicia, Madrid 1989.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El principio de igualdad”, en *RPol. Social* n° 121, 1981.
- (& FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda): *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid 1985.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: “Sobre la relación entre TC y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *REDC* n° 4, 1982.
- “La Jurisdicción constitucional como fuente de creación del Derecho”, en *REDC* n° 22, 1988.
- “Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad”, en AA.VV.: *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, CEJ, Madrid 1990.
- SUAY RINCÓN, J.: *El principio de igualdad en la Justicia Constitucional*, IEAL, Madrid 1986.
- VALERA DÍAZ, S.: “La idea de deber constitucional”, en *REDC* n° 4, 1982.
- XIOL RÍOS, J.A.: “El precedente judicial en nuestro Derecho: una creación del TC”, en AA.VV.: *El PJ*, DG. Cont., Madrid 1986, Vol. I, pp. 26 ss.